

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

Acto constitutivo de la adopción

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Rosa María Moreno Flórez

Madrid, 2015

Rosa María Moreno Flórez

TF
1985
07



x-53-372188-3

ACTO CONSTITUTIVO DE LA ADOPCION

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1985



Colección Tesis Doctorales. Nº 17/85

© Rosa María Moreno Flórez
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 28015 Madrid
Madrid, 1985
Xerox 9400 X 721
Depósito Legal: M-2351-1985

ROSA MARIA MORENO FLOREZ

A C T O C O N S T I T U T I V O
=====

D E L A .
=====

A D O P C I O N
=====

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor.

DIRIGIDA por el Prof. Dr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño
Catedrático de Derecho Civil

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil

Madrid, 1983.

I N D I C E

I N D I C E
=====

INTRODUCCION.

CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS Y PLANTEAMIENTO =
SOCIOLOGICO

1.- La adopción en Roma.	- -	4
2.- La adopción en las Partidas.	- -	13
3.- Proyecto de Código civil de 1851.	- -	18
4.- Fundamentación sociológica de la adop- ción.	- -	22

CAPITULO II.- POSTURAS DOCTRINALES EN TORNO A LA NATURA
LEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

1.- Doctrina contractualista. La adopción como contrato.	- -	34
2.- La adopción como negocio jurídico fa- miliar.	- -	41
3.- Postura de CICU. Declaración estatal.		49

CAPITULO III.- APROBACION JUDICIAL COMO REQUISITO ESEN--
CIAL DE LA ADOPCION

1.- Procedimiento de jurisdicción volunta- ria.	- -	64
2.- Prestación del consentimiento.	- -	75
A.- Consentimiento del adoptante.	- -	78
B.- Consentimiento del adoptado. Inter- vención de los padres de éste.	- -	80
3.- Facultades discrecionales de la auto- ridad judicial.	- -	85
A.- Valoración del dato de la existen- cia de hijos del adoptante.	- -	85
B.- Conveniencia de la adopción para= el adoptado.	- -	93
4.- Valor de la intervención de la autori- dad judicial.	- -	107

CAPITULO IV.- ESCRITURA PUBLICA COMO REQUISITO DE LA ==		
ADOPCION		
1.- Antecedentes históricos.	- -	115
2.- Ley de 24 de abril de 1958.	- -	119
3.- Ley de 4 de julio de 1970. Su Exposi- ción de Motivos.	- -	121
4.- Doctrina que defiende el carácter == constitutivo de la escritura pública.		122
5.- Postura doctrinal que niega el valor constitutivo a la escritura pública.		131
A.- Autorización y aprobación.	- -	148
B.- Esta discusión doctrinal no se da en otros Ordenamientos jurídicos.		154
6.- Adopción póstuma.	- -	171
A.- Laguna legal en nuestro Ordenamien to.	- -	173
B.- Tratamiento del tema en algunas = legislaciones europeas.	- -	176
C.- Postura de la Dirección General = de los Registros y del Notariado.		212
D.- Reciente postura del Tribunal Su- premo.	- -	218
7.- Inscripción en el Registro Civil.	- -	237
A.- Valor de la inscripción.	- -	239
B.- Publicidad de la inscripción.	- -	244
CONCLUSIONES.	- -	254
ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS.	- -	260
BIBLIOGRAFIA.	- -	262

I N T R O D U C C I O N

II

Si el Derecho Civil es uno de los derechos más inmutables y más universales (es seguramente el Derecho= menos dependiente de formulaciones socio-políticas o ideo lógicas) el Derecho de familia es la rama más cambiante= dentro del Derecho Civil, la más condicionada por las pe culiaridades de la organización social y política, la = más inmediatamente influenciada por las intenciones ideo lógicas de la legislación. Pues bien, dentro del mismo = Derecho de familia, la adopción ha sido y es histórica-- mente una de las instituciones más "comprometidas", so-- bre todo en cuanto a su consideración y a lo que repre-- senta.

Supone, en definitiva, una filiación que no = tiene por presupuesto el hecho natural de la procreación, pero que sin embargo intenta conseguir su equiparación,= a todos los efectos, a la filiación por naturaleza.

Es una institución con una tremenda carga his-- tórica, que en cierta medida, ha marcado su actual trata= miento legislativo. Pero lo cierto es que a pesar de es-- ta antigüedad, ni en todas las épocas ni en todos los = países ha tenido la misma influencia práctica.

Perdida la significación política y religiosa= que tuvo en la antigüedad y tras un larguísimo período = de tiempo en que su práctica fué muy escasa, aparece en

III

épocas relativamente recientes en la mayoría de las legislaciones aunque pertenezcan a diferente área cultural. Este fenómeno colectivo de "reaparición" con un gran auge de la adopción, lo han querido explicar los sociólogos basándolo en la consideración que se le atribuye como un cauce válido para la protección de la infancia == abandonada, primando, por otra parte, la exigencia de = que en la adopción lo básico es la conveniencia para el adoptado.

Ciertamente el auge legislativo de la institución ha sido muy importante en los últimos años, confiéndole unas nuevas dimensiones, que han tenido como = consecuencia la creación de un auténtico status familiar con el que se atribuyen a los adoptantes todos los deberes inherentes a la patria potestad, y al adoptado su situación de hijo de una familia con todas sus consecuencias. Esta expansión de la institución hace que se considere el surgimiento de un nuevo tipo de familia que junto con la consanguínea, sería aquella basada únicamente= en vínculos afectivos diariamente vividos.

Ahora bien, esta antigüedad de la institución= y esta proliferación de disposiciones legislativas respecto a ella, no implica que su regulación sea perfecta y = exenta de fallos. Antes al contrario creemos que -al menos en nuestro Derecho- el legislador no ha conseguido =

IV

una regulación estable de la adopción; inestabilidad que se manifiesta, por otra parte, en ciertas contradicciones existentes en dicha regulación.

Se centra nuestro trabajo en el Derecho civil común español aunque ampliado en algunos de sus puntos -aquellos que nos han parecido de mayor interés y relevancia práctica- por el estudio de sistemas legislativos de Derecho comparado -especialmente francés e italiano- sin que con su inclusión hayamos querido desviar el centro de atención de nuestro estudio, sirviéndonos únicamente para demostrar que la posibilidad de reforma que propugnamos en nuestro Derecho, es viable por encontrarse ya contemplada en legislaciones próximas a la nuestra por tener los mismos condicionantes históricos y culturales.

Hemos creído conveniente, por otra parte, aludir a los antecedentes históricos, tanto remotos como inmediatos, por cuanto sus líneas directrices, en muchas ocasiones, han pasado a nuestro Derecho positivo vigente.

Por tratarse de un acto en el que es indispensable la concurrencia de la voluntad humana, nos referimos a los consentimientos que, ante la autoridad judicial, deben prestar las partes intervinientes, poniendo especial énfasis en las facultades discrecionales que quedan

reservadas a la autoridad judicial.

Es el momento de perfección de la adopción uno de los que ha suscitado más polémica en nuestra doctrina científica. Consecuencia directa de qué se resuelva respecto a él consideramos el tema de la adopción póstuma,= escasamente tratado por nuestra doctrina, por no estar = contemplado en el Código civil, aunque sí recientemente= por el Tribunal Supremo.

Llegar a la consideración actual del momento = perfectivo en la adopción y a las posibles soluciones en cuanto a su reforma es lo que ha supuesto el objeto fundamental de nuestro trabajo.

I

I

A N T E C E D E N T E S H I S T O R I C O S

Y

P L A N T E A M I E N T O S O C I O L O G I C O

C A P I T U L O I =====

ANTECEDENTES HISTORICOS Y PLANTEAMIENTO SOCIOLOGICO

- 1.- La adopción en Roma.
- 2.- La adopción en las Partidas.
- 3.- Proyecto de Código civil de 1851
- 4.- Fundamentación sociológica de la adopción.

La atención que dispensamos a los antecedentes históricos tiene su razón de ser, únicamente, una regulación de la adopción que, en muchos de sus puntos, ha pasado a través del tiempo a nuestro actual Derecho positivo.

Evidentemente al aludir a la regulación de la adopción en otras épocas lo haremos ateniéndonos solo a aquellos puntos a que hace referencia nuestro trabajo.

Se ciñe nuestra exposición a tres momentos históricos de la adopción que, a nuestro juicio, nos parecen básicos: Derecho Romano, Leyes de Partida y Proyecto de Código civil de 1851. Ello porque, en primer lugar, = entendemos obligado citar como antecedente remoto el Derecho Romano; innegablemente somos sus herederos y su legado perdura en nuestros días. En segundo lugar es en = las Partidas donde se recoge de manera más clara y precisa el tema de la adopción en todo nuestro Derecho histórico. Por último el Proyecto de Código civil de 1851 nos parece antecedente inmediato de obligada referencia, por cuanto fué, en gran medida, el inspirador del Código civil de 1889.

No nos referimos a la regulación de la adopción en los Derechos germánicos por entender que su influencia en la configuración de este instituto en nues--

tro Derecho no es tan marcada como puede serlo la del =
Derecho romano.

Tampoco hacemos referencia a otras Leyes de =
nuestro Derecho histórico -como el Fuero de Soria o el =
Fuero Real- dado que en ellas no se contempla una adop--
ción propiamente dicha, amén de su escasísima influencia
práctica.

LA ADOPCION EN ROMA

Es posiblemente en Roma donde la adopción al--
canzó una de las etapas de mayor auge, teniendo su confi-
guración en la última época del Derecho romano unos per-
files muy similares, en algunos aspectos, a los actuales,
lo que pone de relieve, una vez más, la herencia recibí-
da del Derecho Romano.

Es una figura jurídica cuya significación en =
la vida de los pueblos primitivos era totalmente distin-
ta de la que hoy tiene en el mundo moderno. En general =
los motivos que en la actualidad pueden inducir a la ==
adopción son de índole estrictamente personal; pero en =
las etapas más atrasadas de la civilización predominaba=
en ella el interés objetivo de la familia, el interés en
la continuación de la estirpe, absolutamente necesaria =
para la supervivencia del culto de los antepasados. La =

extinción de la familia, y con ella la terminación del = culto familiar, significaba, según las creencias antiguas una catástrofe que a toda costa era preciso evitar. Por= esto, cuando la naturaleza negaba descendencia, se acu-- día a la adopción como medio de continuación de la fami- lia (1).

Es en Roma donde la institución, aparte de al- canzar su mayor desarrollo -como ya hemos apuntado- ad-- quiere una fisonomía bien determinada. Su frecuencia -a decir de SARA VIA (2)- fué todavía superior a la registra da en los tiempos modernos. Ello se debió, estima a dos motivos fundamentales. En primer lugar, el profundo carác ter religioso que tenía el pueblo romano, como todos los antiguos. El jefe de familia era el sacerdote del hogar, y la extinción de la familia significaba, en consecuencia el fin del culto; la adopción fué el instrumento eficaz= para evitarlo. En segundo lugar, el carácter limitado y exclusivo que tuvo el parentesco civil, mientras emanara de los lazos de sangre, fundamentalmente respecto a los= parientes por línea materna que no participaban de la ca

(1) JORS, Paul / KUNKEL, Wolfgan. "Derecho privado roma- no" Trad. española PRIETO CASTRO, Madrid, 1937, pag. 416.

(2) SARA VIA, Guillermo Alberto. "La adopción" Buenos Ai- res, 1943, pag. 24

lidad de agnados y quedaban, por tanto, del goce de importantes derechos de familia.

La característica fundamental de la familia en Roma -que constituía un grupo más reducido que la gens- radicaba en su consideración de comunidad doméstica, con un jefe, el pater familias investido de unos poderes tales como la patria potestas y la manus, sobre las personas a él sometidas, en especial la mujer y los hijos. El vínculo que servía de aglutinante a los miembros de la genuina familia romana no era biológico, sino que estaba constituido por la idea netamente jurídica de potestad, de sujeción a una jefatura. La potestad, y no la generación legítima, es la causa del vínculo de la paternidad y de la filiación. De esta manera en la concepción romana el extraño adoptado entra plenamente en la familia del pater adoptante, y, en cambio, un hijo engendrado por éste en legítimo matrimonio, pero que haya sido emancipado por dicho progenitor, nada tiene que ver con la familia en la que nació (3).

Esta peculiar constitución interna de la fami-

(3) Vid. en este sentido RODRIGUEZ ENNES, Luis. "Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva" Santiago de Compostela, 1978 pag. 34.

lia dió lugar a la creación, en el primitivo Derecho romano, de dos tipos de adopción: la adrogatio que consistía en el acto solemne por el cual el jefe de una gens,= a punto de extinguirse, atribufa la calidad de hijo a un ciudadano sui iuris, jefe, a su vez, de otra gens; y la adoptio propiamente dicha, también denominada datio in adoptionem, que era el acto por el cual un alieni iuris, emancipado previamente de la patria potestad a que había estado sometido en su familia natural, ingresaba en la familia del padre adoptivo, bajo la patria potestad de éste (4).

La adrogatio es la primitiva forma y la más antigua históricamente. "Implica la absorción de una familia por otra. El arrogado, sujeto sui iuris, sufre una capitis deminutio, que le convierte en alieni iuris. El arrogado, así como los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante, que adquiere también su entero patrimonio -sucesión universal- inter vivos" (5). La etimología de la palabra adrogatio deriva de la propuesta que el presidente del comicio cu-

(4) SARAIVA, op. cit. pag. 25

(5) IGLESIAS SANTOS, Juan. "Derecho romano" Barcelona, = 1972, pag. 537.

riado dirigía al pueblo en el sentido de si aprobaba o rechazaba la sumisión de un ciudadano a la potestad de otro y con la expresa mención de que el arrogado quedaría sometido a la patria potestas del nuevo pater familias. Los Comicios, probablemente, votaban la propuesta. "Se trataba, pues, de una verdadera lex curiata propuesta por los pontífices, una rogatio (agregación por ley). Parece que ya en época antigua la función del comicio se redujo a la mera presencia. En los últimos siglos de la República, la pérdida de importancia de los comicios curiados determinó que fuesen representados en las arrogaciones por treinta lectores cuyo consentimiento solo constituiría una mera formalidad que, sin embargo, fué mantenida durante todo el período clásico (6).

También la adrogatio podía hacerse por actos de última voluntad. Este procedimiento fué usado en el caso de que la adrogatio no hubiera sido admitida por conceptuarse que el arrogante aún podía tener hijos naturales, o también, cuando el arrogado no deseaba perder su calidad de persona sui iuris (7)

(6) RODRIGUEZ ENNES, op. cit. pag. 52.

(7) SARAIVA, op. cit. pag. 27

La adoptio, que suponía la adopción de hijos = de familia, se realizaba por un negocio imitado, de cierta complicación, compuesto de dos momentos. Un primer acto tenía por objeto desligar al menor de la potestad de su padre actual, para lo cual se aplicaba la máxima de = las Doce Tablas sobre la liberación del hijo por tres = mancipaciones: el padre vendía a su hijo por primera vez al adoptante o a un tercero, a continuación el adquirente le dejaba salir del mancipium, con lo que volvía a la potestad paterna. Nuevamente se repetía la emancipación = y la liberación, hasta la tercera mancipatio, por la == cual el padre perdía definitivamente su patria potestad = sobre el hijo, en beneficio del adoptante. Extinguida = así la antigua patria potestas, se pasaba al segundo acto, destinado a conceder la misma al adoptante. A diferencia de la adrogatio, la adoptio podía celebrarse en = todos los lugares en que hubiera magistrado romano con = plena jurisdicción; por lo tanto, también en las provincias, ante el gobernador provincial. (8)

En la época del Derecho clásico, la adopción = perduró con las mismas características. Adrogatio y adoptio van a seguir cada una su propia evolución hasta que,

(8) JORS Y KUNKEL, op. cit. pag. 418

avanzada la época clásica, y por influencia de la diversa concepción imperante en los ambientes heleno orientales, se alteró poco a poco gravemente este régimen, aunque sin llegar a destruirlo, de forma que en el Derecho justinianeo se presenta inspirada en concepciones distintas a las antiguas (9).

Adoptio y adrogatio sufrieron radicales transformaciones en la etapa postclásica. La influencia de las normas de la familia natural, junto con el influjo de las costumbres helénicas, donde no existe una patria potestas en el genuino sentido romano, contribuyeron en gran medida a dar un nuevo sentido a la institución. La adopción, en esta época, se constituye en interés del adoptado y, en consecuencia, le atribuye al adoptante más deberes que derechos hasta el punto que puede decirse que, tanto del antiguo instituto jurídico de la patria potestas como de la concepción jurídica de la adopción, solo sobrevive el nombre (10).

Justiniano, bajo el impulso del nuevo sentimiento natural de la familia, introduce en el instituto una

(9) RODRIGUEZ ENNES, op. cit. pag. 57.

(10) Idem. pag. 62.

innovación que preludia su actual estructura y función.=
 Manteniendo intacta la adrogatio, distingue, en cambio,=
 dos especies de adopción: la adoptio plena y la adoptio=
minus plena (11).

Aunque se sigue distinguiendo entre adrogatio=
 y adoptio, es solo la terminología la que sobrevive, ya
 que a los efectos solo se distingue entre las dos clases
 de adoptio: plena y minus plena; la primera es la que se
 hace por el ascendiente paterno o materno y la segunda =
 la realizada en los demás casos. En la adoptio minus ple-
na, el adoptante no adquiere la patria potestas sobre el
 adoptado, ni derecho alguno sobre sus bienes; el adopta-
 do queda bajo la potestad de su padre natural y solo se
 le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bie-
 nes del adoptante (12). Esta última, aunque se presenta-
 ba con efectos, en cierto modo, similares a la plena en
 lo referente a derechos hereditarios frente a la familia
 natural, su eficacia era limitada en lo que a los iura =
cognationum atañe (13).

(11) DUSI, B. "Della filiazione e della adozione" in "Il=
 diritto civile italiano" per cura di FIORE, Pasquale
 Vol. III, pag. 861

(12) OTERO VARELA, Alfonso "La adopción en la historia del
 Derecho español" pag. 91.

(13) RODRIGUEZ CARRETERO "La persona adoptada" Madrid, =
 1973, pag. 236.

En esta época el procedimiento para la adoptio es más sencillo que en la época anterior. El adoptante = se presenta junto con el antiguo pater familias y con el filius familias ante el magistrado de su domicilio, quien toma nota de la declaración concorde de las tres partes. Se podía adoptar atribuyendo indiferentemente el grado = de hijo, y de sobrino o de nieto, lo cual tiene importan- cia para la posición futura del filius familias y para = sus derechos de sucesión (14).

Realmente lo fundamental de la regulación de = la adopción en la época de Justiniano es la proclamación, con carácter general, del principio adoptio naturam imi- tatur. Se busca una cierta semejanza con la paternidad = natural más que con la antigua jefatura política, aunque no hayan desaparecido los vestigios de la primitiva con- cepción. Pero Justiniano no lleva hasta sus últimas con- secuencias ese principio, y así conserva la regla de que pueden adoptar los que son incapaces, los que no tienen= mujer, etc. De modo que la adopción justiniana -a juicio de RODRIGUEZ ENNES-, en cuanto a sus requisitos sustan- ciales, presenta más bien una deformación de la antigua=

(14) BONFANTE; Pietro. "Instituciones de Derecho Romano"
Trad. BACCI y LARROSA, Madrid, 1965, pag. 150.

institución que una lógica transformación de la misma (15)

Hay que señalar, por último, que la adopción en el antiguo Derecho romano era una institución orgánica = que, constituyendo parte integrante del sistema familiar, representaba la adscripción de un nuevo miembro a la familia política, entendida en su plena esencia ético religiosa. Con Justiniano la adopción asume un nuevo carácter: la asunción de la calidad de hijo. "En este sentido la adopción no es una institución natural, sino una ficción, no es una institución que forma parte integrante = del sistema familiar, sino una institución excepcional.= De ahí que se establezcan requisitos que no repugnen directamente a la ficción, de ahí la máxima adoptio imitatur naturam. Fué bajo esta forma de institución ficticia y excepcional como la adopción pasó al Derecho moderno"= (16).

LA ADOPCION EN LAS PARTIDAS

La regulación de la adopción que se hace en las Partidas, responde a una recepción total del Derecho jus-

(15) RODRIGUEZ ENNES, op. cit. pag. 78.

(16) Idem, pag. 82.

tiniano.

Se define la adopción diciendo "adoptio en latín, tanto quier dezir en romance como porfijamiento. E este porfijamiento es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente" (17).

Se distingue entre adopción y arrogación, no solo por lo que respecta a la persona del adoptado, sino también por la forma de celebración. La arrogación es la adopción de alguno que no está sometido a la patria potestad de otro al tiempo de la adopción (18); debía hacerse con autorización del Rey mediante el consentimiento expreso de arrogante y arrogado, naciendo una patria potestad de aquél sobre éste: "Porfijamiento es una manera de parentesco, que establecido el fuero de los legos... e este porfijamiento o parentesco atal, se faze en dos maneras. La una se faze por otorgamiento del Rey, o del príncipe de la tierra: e esta es llamada en latín arrogatio, que quier tanto dezir en romance, como porfijamiento de ome que es por si, e non ha padre carnal; e si lo

(17) Partida IV, Título XVI, Ley I.

(18) OTERO VARELA, Alfonso. op. cit. pag. 130

ha, es salido de su poder, e cae nevamente en poder de =
aquel que lo porfija" (19).

La adopción en especie se subdivide en plena y
menos plena, según que el adoptante sea o no ascendiente
del adoptado. En la menos plena, el adoptado no pasa a =
la potestad del adoptante, mientras que en la plena, el
adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado,
y éste los derechos del hijo natural. Esta adopción regu
lada en las Partidas se inspira en el criterio de que =
adoptio imitatur naturam, entendiéndolo en el sentido de
que la adopción tiende a constituir una relación análoga
a la derivada de la generación (20).

En cuanto a las formalidades requeridas, la =
adopción debía hacerse con la intervención del Juez -"es
la que se faze por otorgamiento de cualquier Juez" (21)-
ante el cual deben manifestar su consentimiento expreso=
el padre natural y también el adoptante, bastando la no
contradicción del adoptado (22). Respecto a esta interven

(19) Partida IV, Título VII, Ley 7.

(20) OTERO VARELA, op. cit. pag. 131.

(21) Partida IV, Título VII, Ley 7

(22) OTERO, op. cit. pag. 134.

ción del Juez, establecen las Partidas: "Porfijan los omes a las veces fijos agenos que están en poder de sus padres, e la carta de tal porfijamiento deve ser fecha en esta guisa... E el Juez sobre dicho otorgo este porfijamiento catando todas las cosas que deuen ser catadas,= ansi como dizen las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razón: e mando a mi escriuano publico que fiziese ende carta, e el escriuano deve dezir en el lugar, do escriue su nombre en tal carta como esta, que la fizo = por mandado del juez, e con consentimiento de las partes" (23).

En cuanto a la arrogación ésta se hacía con autorización del Rey, que debía preguntar a ambas partes,= arrogante y arrogado, si querían adoptar y ser adoptado= recíprocamente, debiendo el arrogado -y ésto entendemos, que es importante- manifestar expresamente su consentimiento: "...E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legitimos, e naturales a otros que los porfijen, por ende en tal porfijamiento como este a menester, que aquel a quien porfijan que consienta otorgado lo por palabra:= o callando se no contradiziendo. Pero si porfijasen alguno, que non ouiese padre, o si lo ouiese fuese salido de

(23) Partida III, Título XVIII, Ley 91.

su poder, estonce, conuiene por fuerca que este tal consienta manifiestamente otorgándolo por palabra" (24). En cuanto a la forma que establecen las Partidas para la = arrogación es la siguiente: "E tal porfijamiento como es te se faze por pregunta del Rey, o del príncipe en esta= manera dizienço, a quel que porfija a otro, plaze te res= cibir a este por tu fijo legitimo, e deue estonce respon= der quel plaze. Otrosí deue preguntar aquel quel porfija: plazete de ser su fijo deste que te porfija: deue respon= der que le plaze. E estonce deue el Rey dezir: yo lo == otorgo: e deue endedar su carta. (25).

En la adopción de menores de catorce años, ade= más antes de ser autorizada esta adopción por el Rey, és te debía ordenar una información sobre determinados ex= tremos para ver si la adopción era o no conveniente al = impúber; debían examinarse las condiciones, fortuna, mo= ralidad, existencia de hijos, e intención del arrogante, además de la cuantía de la fortuna del menor y cuantos = otros datos pudieran obtenerse para determinar si el ac= to era o no favorable al que se pretendía arrogar y evi=

(24) Partida IV, Título XVI, Ley 1.

(25) Partida IV, Título VII, Ley 7.

tarle así cualquier perjuicio (26). Era, indudablemente, una fórmula muy semejante a la recogida hoy por nuestro Código civil y por los Códigos de la mayoría de las legislaciones extranjeras respecto al interés de la adopción para el adoptado.

PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

Con posterioridad a la legislación de Partidas no aparece referencia alguna a la adopción hasta el Proyecto de Código civil de 1851.

En este Proyecto se regula, ciertamente, el tema de la adopción en los artículos 133 a 141, aunque no sin ciertas reticencias. El mismo GARCIA GOYENA, (27) = después de afirmar que la adopción estuvo muy en boga entre los romanos, que su uso era muy frecuente, se refiere a que no estuvo en las costumbres de los godos, y que no aparece ningún vestigio de ella en el Fuero Juzgo. Haciendo referencia al momento de redacción del Proyecto = de Código civil, y las discusiones existentes sobre si =

(26) OTERO, op. cit. pag. 134

(27) GARCIA GOYENA, Florencio. "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", Madrid, 1852 Vol. I-II. pag. 148.

se debía incluir o no la adopción dice que "es un hecho= constante y notorio que la adopción no está en nuestras= costumbres. Hubo por lo tanto en la Sección una casi una= nimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho = presente un vocal andaluz que en su país había algunos = casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este Título con la seguridad de que sería tan rara y extraña= en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al = fin este Título no es imperativo, sino permisivo o facul= tativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos= dulces y benéficos" (28).

Los requisitos que se exigían para que la adop= ción quedase constituida eran los establecidos en el art. 140 y consistían en presentarse ante el Alcalde al adop= tante y el adoptado para prestar los respectivos consen= timientos, y elevarlo todo a escritura pública. La esca= sez de requisitos formales exigidos se debía, probable= mente, a la poca importancia dada a la adopción, ya que afirma GARCIA GOYENA que "las formalidades exigidas en = otros Códigos se debían a que se trataba de una institu= ción ya recibida y frecuente" (29).

(28) Idem. pag. 148

(29) Vid. en este sentido GARCIA GOYENA, op. cit. pag. = 151.

Es más, cree que los derechos concedidos al == adoptado en otras legislaciones son exorbitados, y dice= que "ese exceso de derechos no es seguramente el medio = más adecuado para hacer aceptable y dar vida a una inno- vación, rechazada hasta ahora por las costumbres de los= pueblos modernos. Por más que se diga y se haga repugna- rá siempre igualar la ficción o adopción con la realidad o filiación legítima y natural. Baste al adoptado tener= segura la educación y alimentos, que podrá reclamar has- ta de los herederos del adoptante: los derechos de suce- sión deben dejarse al merecimiento, y así la adopción se- rá más beneficiosa" (30). Párrafo que ciertamente refle- ja el espíritu de la época en la consideración de la == adopción. Por supuesto que el beneficio para el adoptado no se había cruzado por el pensamiento del legislador.

Unos años más tarde, BENITO GUTIERREZ (31) ex- ponía su opinión sobre la conveniencia o no de la adop- ción en un momento de transición entre el Proyecto de Código civil de 1851 y la definitiva promulgación del Código civil de 1889. Transcribimos su opinión textualmente=

(30) Idem. pag. 152

(31) GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito. "Códigos o estudios = fundamentales sobre el Derecho civil español". Ma- drid, 1868. pag. 615.

por entender que recoge, no solo las ideas sino también= el lenguaje propio del s. XIX: "Ni consideramos tan útil la adopción que nos parezca indispensable por sus ventajas, ni tan perjudicial que deseemos verla suprimida por sus inconvenientes. Supongase que no ofrece el interés = ni produce los grandes efectos que produjo en Roma ¿es o no verdad que puede producir algunos? y entonces ¿para = que abolir lo que sin causar daño puede en un caso ser = útil?. Las instituciones se recomiendan por su historia, pero no todas viven a expensas de su pasado; la razón = histórica abandona con frecuencia muchas de sus obras, = la justicia es una razón de siempre y nunca desampara = las creaciones del derecho. La adopción será innecesaria, indiferente, pero no podemos conceder que sea inmoral. = En contra de ella se ha dicho: que debilita los vínculos de familia, sobreponiéndose a las relaciones naturales y defraudando los derechos y esperanzas de los parientes = legítimos; que fomenta relaciones ilícitas contribuyendo a que se tengan por adoptivos hijos que son naturales; = que retrae a los hombres del matrimonio con la esperanza de adoptar un hijo que les prodigue sus cuidados en la = vejez. Tales presunciones son armas harto débiles empleadas contra una institución que ha resistido a las mudanzas de muchos siglos. En lugar de esos peligros que son quiméricos, que aún pudiendo ser efectivos son vicio del hombre y no de la institución, lo que la conciencia descubre es beneficio para los individuos y ventajas para =

la sociedad".

La adopción fué recogida en la primitiva redacción del Código civil de 1889, el cual y tal y como establecía su Base 5° tomó como base el Proyecto de 1851 (32).

FUNDAMENTACION SOCIOLOGICA DE LA ADOPCION

Sería pretencioso por nuestra parte intentar = aquí una sociología de la adopción. Todo intento de hacer sociología, y también, por tanto, sociología jurídica debe ser, a nuestro juicio, empírico. Lo que pretendemos es señalar las funciones que esta institución cumple, tanto respecto a las partes en ella intervinientes, como respecto a la sociedad, que de cierta manera se siente = beneficiada con ella.

(32) BASE 5°: "El Código tomará por base el Proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas".

Se podría calificar de fenómeno individual, familiar y social. Individual respecto al adoptado, porque logra ser un remedio no ya solo para los menores abandonados, sino también para aquéllos que, aún teniendo padres, éstos no pueden o no quieren ejercer los deberes inherentes a la patria potestad. Familiar, porque viene a llenar, en muchos casos, el vacío creado en un hogar sin hijos, transformando radicalmente a esa familia. Y social porque, relacionado de manera directa con los dos presupuestos anteriores, resuelve en cierta medida -ya que no en su totalidad- el problema social de la infancia abandonada.

Ciertamente es una institución que, aunque nos remontemos en el tiempo, nos encontramos con ella -en ocasiones bajo la forma de simples adopciones de hecho- y sin embargo no ha permanecido ni inmutable ni fija. Aunque sus postulados básicos se hayan mantenido, los distintos Ordenamientos jurídicos han querido conferirle un carácter distinto de acuerdo con las exigencias sociales de cada momento histórico.

Dice CARBONNIER (33), haciendo referencia a

(33) CARBONNIER, Jean. "Derecho flexible" Trad. DIEZ PICAZO. Madrid, 1974, pag. 170.

las legitimaciones de complacencia en tiempos en que la investigación de la paternidad legítima apenas se practicaba -por desconocimiento o por falta de medios- "que = cargar" voluntariamente con un hijo de otro es, desde mucho tiempo, una forma popular de la adopción marital".

En la actualidad la adopción ha dejado de realizarse en beneficio del adoptante -como se hacía, por = ejemplo, en Roma o, más recientemente en el siglo pasado y primeras décadas del actual- para hacerse en interés = exclusivo del adoptado.

Como ya hemos afirmado, por lejos que nos remontemos en la Historia, encontramos la acogida de hecho en un hogar y en una familia de un niño extraño a la misma. Las relaciones entre esos padres de hecho y el menor no diferían mucho de las existentes entre un adoptante y un adoptado. Este acogimiento de hecho -que se dió con = cierta frecuencia, en nuestra época al término de las = dos últimas Guerras Mundiales- se transforma, mediante = la adopción, en una situación jurídicamente reconocida y confiere a los interesados el status de miembros de una familia de acuerdo con las normas imperantes en la sociedad (34).

(34) Vid. en este sentido MARMIER, Marie Pierre. "Sociologie de l'adoption" París, 1969 pag. 298

De otra parte, es un hecho constatable que la adopción, que ha permanecido inalterable tal y como los Códigos civiles la recogieron en la época codificadora, es en la actualidad, objeto de numerosas reformas legislativas en los distintos Ordenamientos jurídicos, lo que hace que acudamos a un cierto "auge" de la institución = como si toda la realidad vivida por los adoptantes desea se contenerse en reglas de derecho. A este respecto se = pregunta MARMIER (35) si "¿esta vitalidad del movimiento= adoptivo manifiesta una verdadera evolución en las costumbres? ¿No oculta -ese auge- por el contrario, la estabilidad profunda de un comportamiento que no es dinámico más que en su reglamentación?". Creemos que así es. El = comportamiento de un adoptante respecto a un menor adoptado, idéntico, por otra parte, el que tiene un padre = con respecto a un hijo, no se va a modificar porque lo = diga una Ley.

Ahora bien, la adopción jurídica, en contraposición a la adopción de hecho, cumple una función de regularización. Da a los interesados el sentimiento de "estar en regla", no solo con los modelos culturales, sino= también con el Derecho; confiere a los adoptantes el sta

(35) Idem. pag. 302

tus de padres legítimos. Y esto sobre todo, porque de no hacerse así, seguirían vivos los temores de la aparición de la familia de origen del adoptado. La ruptura con ésta pronunciada jurídicamente hace que se desvanezcan todos los posibles recelos existentes por parte de los == adoptantes (36).

En el estado actual de la legislación de muchos países la situación del acogimiento de hecho no es más = que una etapa previa al momento en que el Juez declara = jurídicamente válida la adopción (37), momento a partir= del cual tanto a adoptante como a adoptado les son confe= ridos los derechos y deberes dimanantes, respectivamente, de la paternidad y filiación.

Lo cierto es que en nuestros días, en la constitución de la familia ha adquirido suma importancia el= elemento afectivo, no tanto relegando, sino confiriéndole otro plano al elemento biológico. Consecuencia de és= to, probablemente, es el impulso que la adopción -al que

(36) Idem. pag. 304

(37) Hacemos referencia a la adopción plena, ya que así= ocurre en países como Francia o Italia. En nuestro= Código civil no está contemplada esta etapa previa de acogimiento de hecho como necesaria para que el Juez pronuncie la adopción.

antes aludíamos- tomaba en los textos y en los usos, y =
ésto porque "la familia adoptiva tiene como cimientos el
esfuerzo educativo, el afecto y la voluntad. La euforia=
de la institución les choca a todos los observadores. Es
posible, sin embargo, que en ello exista cierta ilusión=
de óptica: a un ius singulare (como es la adopción res--
pecto al parentesco de sangre) le hacen falta siempre mu
chos menos casos de aplicación que al derecho común para
dar una impresión de abundancia" (38).

A tenor de esto, esa familia basada en senti--
mientos y afectos respecto a los menores adquiere una ma
yor amplitud, y casi se podría decir que otro fundamento
y otros fines. Porque "la familia existe no ya por ser =
el hijo habido en matrimonio, o por ser natural reconoci-
do, sino por la posesión de estado que da lugar al afec-
to y lo justifica. El hijo extraño al adoptante, entrega-
do por sus padres por su imposibilidad material o moral=
de cumplir con sus deberes de patria potestad, llega a =
olvidar el motivo inicial del vínculo familiar. Ocupa el
lugar real y verdadero a que le da derecho el afecto del

(38) CARBONNIER, Jean. op. cit. pag. 171

adoptante, y por tanto la posición respetada que emana =
de la Ley" (39).

En otro orden de cosas, el menor tiene necesi-
dad de un clima de afecto que solo la familia le puede =
dar. Esta función de afecto y protección puede ser asegu-
rada perfectamente por los adoptantes, sobre todo si se
trata de una adopción por marido y mujer, y si el niño =
ha sido adoptado poco tiempo después de su nacimiento c
al menos en edad muy temprana. Hay que hacer notar a es-
te respecto lo que los investigadores sociológicos seña-
lan al afirmar que en conjunto, la familia adoptiva se =
dedica a la educación del menor con más atención y con--
vicción que la media de familias tradicionales. Este com-
portamiento se puede basar bien en la consciencia de la
responsabilidad respecto a esa educación, bien para pre-
venir al niño de las dificultades que le esperan "lo cier-
to es que los adoptantes ponen un cuidado particular en
la formación del adoptado aunque en principio intenten =
educarle como lo harían si fuese un hijo nacido de su ma-
trimonio" (40).

(39) COLL, J.E. y ESTIVILL, L.A. "La adopción e institu-
ciones análogas. Estudio sociológico jurídico". Bue-
nos Aires, 1947, pag. 27.

(40) MARMIER, op. cit. pag. 311.

De otra parte, la familia adoptiva cumple esa función de integración del menor, ya que el adoptado, vi viendo en un hogar como hijo de una familia se integrará mucho mejor en la sociedad que si viviese en un orfelina to o en una institución.

Se ha dicho que la adopción es el remedio para el problema social de la infancia abandonada. Pero hay = que tratar, ante todo, en cada caso concreto analizar = cual es el remedio que tiene mayores posibilidades de = salvaguardar el interés del menor. En la medida en que la adopción tiene éxito constituye, sin duda, el mejor sustituto a la familia biológica, ausente o incapaz para = asumir sus responsabilidades. Con la adopción, el menor = puede recibir de una familia las condiciones de mantenimiento, educación y afecto de que se ha visto privado = por parte de su familia biológica (41).

En la actualidad, y como ya hemos apuntado, es primordial, y base esencial de la institución el interés del menor; lo que ha supuesto un cambio radical respecto de aquellas épocas en que lo que primaba era el interés = de una familia que carecía de descendencia.

(41) En este sentido Vid. MARMIER, op. cit. pag. 319

Hoy, con la adopción se intenta buscar el sustituto más próximo de la familia biológica, lo que nos lleva a recordar la frase de LIPARI, (42) cuando afirma: "Hay un nuevo "tipo" de familia, con nuevas relaciones dentro de ella, basada no solo y necesariamente en la "naturaleza", es decir, en la sangre, sino también en la responsabilidad y en la confianza. En vez de la familia consanguínea nos encontramos con la aceptación y el reconocimiento de la familia "afectiva".

(42) LIPARI, Nicolo. "Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza". Trad. realizada por los Colegiales del Colegio de España. Bolonia, 1980. pag. 197.

34

I I

POSTURAS DOCTRINALES

EN

TORNO

A LA

NATURALEZA JURIDICA

DE LA

ADOPCION

C A P I T U L O I I =====

POSTURAS DOCTRINALES EN TORNO A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

- 1.- Doctrina contractualista. La adopción como contrato.
- 2.- La adopción como negocio jurídico familiar.
- 3.- Postura de CICU. Declaración estatal

Es difícil hablar de la naturaleza jurídica de una institución, máxime cuando ésta, como es el caso de la adopción, está en constante evolución.

Respecto de la adopción, como respecto de == otras instituciones, las opiniones son, en algunos puntos, frecuentemente, encontradas. Si bien hay unanimidad en cuanto al fin de la misma -beneficio y conveniencia = para el adoptado-, no es tan pacífica la doctrina respecto a su naturaleza; diferencias doctrinales derivadas, = en muchos casos, de la falta de rigor y precisión con = que se encuentra regulada en muchos cuerpos legales.

La determinación de su naturaleza llevará aparejada la configuración que se dé al acto a partir del = cual la adopción nace a la vida jurídica. En definitiva= el momento constitutivo de la misma.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la adopción son variadas, bien que en algunas de ellas las diferencias son únicamente de matiz. Mencionaremos aquí= únicamente las que a nuestro juicio pueden ser consideradas como básicas y fundamentales, bien por estar secundadas por una parte importante de la doctrina -caso de la consideración de la adopción como contrato o como negocio jurídico familiar- bien por suponer una concepción = original y apartada del resto de las teorías -caso de la

postura de CICU-.

1.- DOCTRINA CONTRACTUALISTA. LA ADOPCION COMO CONTRATO

La concepción contractual de la adopción es la que predomina entre los autores del siglo pasado, aunque algunos, bien entrado el siglo actual la siguen manteniendo.

Para la doctrina clásica la adopción es un contrato perfeccionado por la prestación del consentimiento de las partes. Es probable que esta consideración de contrato venga dada como secuela histórica procedente del = Derecho Romano donde "no era la idea de un beneficio para el adoptado lo que campeaba ya en la adopción romana, sino, por el contrario la de evitar para el adoptante la catástrofe que suponía la extinción del culto familiar.= Por ello la adopción era un contrato más que implicaba = el característico "do ut des"; el adoptante "daba", entre otros, los deberes de guarda de la persona del adoptado y le trasmitía su herencia, a cambio de que éste adquiriese las "obligaciones" religiosas referentes a su = nueva familia. Esta concepción tan "mercantilista" solo podía durar lo que durasen esas creencias religiosas, y es precisamente aquél carácter y esas creencias lo que = había de motivar el desfavorable juicio de la institu- -ción por la posteridad, el cual se arrastró largo tiempo

plasmándose en el olvido consciente de ella, por bastantes Códigos" (1).

No obstante, esta calificación no cabe aceptar la al pie de la letra salvo que se haga un paralelismo = entre el planteamiento romano y el planteamiento moderno, ya que solo en estos términos podría hablarse de que la adopción en Derecho Romano era un contrato, pues su significación en la vida de los pueblos primitivos era totalmente distinta de la que hoy tienen en el mundo moderno. Los motivos en la actualidad, son de índole estrictamente personal en tanto que en los pueblos primitivos = predominaba el interés de continuación de la estirpe (2)

La doctrina española, anterior a la reforma = del Código civil de 1958, basándose por tanto en la primitiva redacción del Código, estimaba que la adopción = era un contrato. A este respecto se afirmaba por algún = autor: "Habla el Código de una obligación, y ésta ha sido pactada; su fuente no puede ser otra que el contrato, y sus efectos en todos los órdenes, pero especialmente =

(1) CAMY SNCHEZ-CANETE, "La adopción y figuras similares ante la nueva regulación" RCDI, 1959, pag. 44.

(2) VALLINA DIAZ, Alejandro de la "Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción" RDP, 1969, junio nota 13.

en el sucesorio, consecuencia de ello. Pero ante conside
ración tan lógica y clara se levanta un muro casi infran
queable en el terreno legal, y este muro es el que forma
con su doctrina el art. 1271 del Código civil, al prohi
bir toda clase de pactos sucesorios de carácter contrac-
tual que no sean los que tengan por objeto practicar en-
tre vivos la división de una herencia..." (3).

Apoyándose en razonamientos tales como que la
adopción puede caracterizarse dentro del marco contrac-
tual como un contrato sucesorio; de acuerdo con su remo-
to origen histórico no ha faltado alguna legislación de
origen latino que, como la rumana, haya considerado tra-
dicionalmente la adopción como una simple institución de
heredero por vía contractual (4).

Tomando como base tales argumentaciones, o ==
bien que la adopción se perfecciona por el mero consenti
miento, hay definiciones que insisten en la esencia con-
tractual. Es la adopción un "contrato irrevocable, reves
tido de formas solemnes, por el que, mediante la aproba-

(3) ROBLES FONSECA, "¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?", RCDI, 1942, agosto, pag. 542.

(4) Cit. en CASTRO LUCINI, "La nueva regulación legisla-
tiva de la adopción", RCDI, 1971, enero-febrero, pag.
58.

ción judicial, toma una persona adornada de las condiciones necesarias bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere el de ser alimentado por el adoptante, = usar su apellido y heredar por testamento, sin perjuicio de los herederos forzosos" (5).

Una buena parte de la doctrina entendía que lo que creaba el vínculo adoptivo era la exteriorización de la voluntad de las partes. En este sentido se pronunciaba la doctrina italiana, basada sobre todo en la dirección del Código civil de 1865 que aludía a que la adopción si fa con el consentimiento, y que los efectos de = la adopción se producen desde el acto del consentimiento. La homologación por parte de la Corte era considerada = simplemente como una formalidad necesaria, exigida por = la Ley, y para producir efectos frente a terceros.

Para BIANCHI (6) la adopción se constituye con el consentimiento del adoptante y del adoptado. Lo cual = no quiere significar que baste el consentimiento del ==

(5) MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comentado y concordado" T. II. Madrid, 1893, pag. 285.

(6) BIANCHI, "Codice civile italiano". vol. VII, Torino, 1909, pag. 15.

adoptante y del adoptado para considerar perfecta la ==
 adopción, sino que la adopción no es válida sin el con--
 curso de la voluntad, manifestada personalmente, tanto =
 del adoptado como del adoptante. El contrato no es una =
 de las condiciones indispensables para formar la adop- -
 ción, pero es la base esencial..."

Contra esta teoría de considerar la adopción =
 como un contrato se alzó en la doctrina italiana, entre=
 otros, CICU (7) al señalar que "si bien la doctrina tra-
 dicional que, considerando el Derecho de familia como =
 parte del Derecho privado, aplica a aquél los conceptos=
 y principios propios de éste, lleva a considerar la adop
 ción como un contrato que se concluye entre adoptante y
 adoptado, y la homologación de la Corte de apelación co-
 mo un acto análogo al que cumple el Tribunal cuando auto
 riza u homologa actos complejos en interés de un incapaz.
 No obstante es prevalente en nuestra doctrina la opinión
 de que el acto constitutivo de la adopción no sea un con
 trato... Falta en materia de estado de las personas un =
 poder de disposición privado; uno de los elementos pri--

(7) CICU, Antonio, "La filiazione" in "Trattato de Diritto civile italiano" sotto la direzione di Filippo =
 VASALLI, Vol. III, T. II, fasc. 1° y 2°, Torino ==
 1969, pags. 313 y 314.

mordiales de la figura del contrato".

Por su parte STOLFI (8) opina respecto del tema en un sentido muy parecido, ya que entiende que el carácter contractual de la adopción "es indiscutible en algunas legislaciones de tipo germánico. En cambio en las legislaciones de tipo latino dado que se hace referencia al estado de la persona, no se quiere dejar a la libre disposición de las partes. No basta que se haya querido consentir la adopción, es necesaria la intervención de la Corte de apelación para homologar el consentimiento de las partes. En efecto, solo cuando la Corte haya declarado que "ha lugar" a la adopción, ésta se perfecciona; la decisión aludida no suple la deficiente capacidad de las partes, es un elemento constitutivo del acto, sin el cual el consentimiento de las partes no produce ningún efecto jurídico".

Asimismo en la doctrina española ha habido autores que se han pronunciado en contra de este carácter contractual de la adopción. "La existencia de los elementos del contrato nada prueba. Hay muchos actos jurídicos

(8) STOLFI, Nicolo, "Codice civile italiano" T.V. Torino, 1931, pag. 630

que no son contratos y reúnen sin embargo los requisitos de nuestro artículo 1261. La noción de contrato aplicada a la adopción choca con el carácter esencialmente irrevocable de ésta, ya que no se trata de que las partes en uso del libre juego de sus voluntades hayan excluido la revocación, sino que la irrevocabilidad es en nuestro Derecho un carácter ad nutum de la institución. Se impone la intervención judicial en la fase en que se forma ya la adopción merced a la expresión ante el Juez, del consentimiento; éste no es un receptor pasivo, sino que interviene controlando la adopción y, en su caso, supliendo el consentimiento de ciertas personas llamadas a darlo" (9).

Realmente, hay que lamentar que pueda atribuirse a la adopción la calificación de contrato. Si el contrato existe "desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254 C.c.), ¿es qué se puede hablar de "dar" el hijo adoptivo, o de "prestar" los servicios de padre y de hijo? Esto sería empequeñecer y desvirtuar la institución, sin que nos resolviese problema alguno al encuadrarla forzosamente entre los

(9) CASTRO LUCINI, op. cit. pag. 59.

contratos, lo que nos llevaría por el contrario, a conseguir unos efectos que ni pueden ni deben ser admitidos"= (10).

2.- LA ADOPCION COMO NEGOCIO JURIDICO FAMILIAR

Es, posiblemente, la posición a la que parece inclinarse la doctrina más reciente.

La doctrina que defiende esta postura entiende que los negocios jurídicos familiares tienen unas características que los diferencian del resto de los negocios jurídicos.

Para DIEZ PICAZO (11) estas características serían las siguientes:

a) Existencia de un interés público evidente = en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, = de su sentido social y de su espíritu. De ahí que la intervención de los órganos del Estado sea aquí mucho más

(10) CAMY SANCHEZ-CANETE, op. cit. pag. 47

(11) DIEZ PICAZO; Luis. "El negocio jurídico del Derecho de familia" RDP, 1962 (enero-junio) pags. 780 y 781

frecuente que en el resto del Derecho privado.

b) El ingrediente ético y el orden público actúan de forma vigorosa no solo en lo que significa de limitación para la autonomía privada, sino también dentro del propio negocio en lo que atañe a la función, a la causa y a las motivaciones del negocio.

Para el Prof. DE CASTRO (12) también es válida la consideración de los negocios jurídicos de Derecho de familia. Respecto a ellos "es evidente la especialidad de las titularidades que originan en el ámbito personal y familiar, y no puede desconocerse el carácter diferenciado de las atribuciones patrimoniales derivadas del Derecho de familia; unas implícitas como las resultantes del matrimonio, otras expresas como en la adopción; todo ello aparte del significado especial de los negocios de contenido patrimonial, en los que se tiene en cuenta su significado familiar".

Hay algún autor que se pregunta hasta que punto cabe aplicar el término negocio jurídico en el dere--

(12) CASTRO Y BRAVO, Federico de "El negocio jurídico" = Madrid, 1971 pag. 275.

cho de familia (13). El mismo entiende que todo dependerá, en definitiva, del criterio más o menos amplio que se tenga acerca del negocio jurídico. De limitarse a un estricto sentido patrimonial en el que jugase ampliamente la autonomía de la voluntad su aplicación a la adopción quedaría descartada, dado que lo que la adopción establece directamente es una relación personal.

Ahora bien, si se toma como válido el concepto que del negocio jurídico da el Prof. DE CASTRO (14) "declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base solo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos", se puede perfectamente calificar como negocio jurídico a la adopción.

El Derecho positivo ofrece a la observación una pluralidad de actos jurídicos a los que parece conferir la calificación de negocios jurídicos familiares. "Hay un negocio jurídico familiar en la adopción en la que deberá constar en consentimiento del adoptado mayor de edad y, si fuese menor o incapaz, el de las personas"

(13) CASTRO LUCINI, Francisco. "La nueva regulación legislativa" op. cit. nota. 63.

(14) CASTRO Y BRAVO, Federico de "El negocio..." op. cit. pag. 34.

que debieran darlo para su casamiento. La necesaria aprobación judicial no ofrece base bastante para considerar la adopción como un acto de poder estatal" (15).

Ciertamente, si aceptamos la categoría de los negocios jurídicos de familia, hay que encuadrar dentro de ella a la adopción, de la cual se han dado múltiples definiciones dependiendo de la postura que respecto a su naturaleza jurídica tuviesen los autores.

De entre los defensores de la adopción como negocio jurídico de Derecho de familia cabe extraer dos:

Una, que podríamos denominar sintética, para la cual la adopción "es el negocio jurídico de Derecho de familia en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación jurídica en cierta medida semejante a la paterno-filial" (16). Otro autor entiende que la adopción "es un negocio jurídico familiar, de formación sucesiva, bilateral, solemne e irrevocable, por el que mediante la autorización judicial y el otorgamiento

(15) DIEZ PICAZO, "El negocio..." op. cit. pag. 771

(16) LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA "Derecho de familia" Barcelona, 1975, pag. 111.

de escritura pública, una persona (adoptado) adquiere respecto de otra o de ambos cónyuges (adoptantes) el parentesco legal del que derivan relaciones recíprocas análogas a las de filiación y paternidad legítimas que modifican su estado civil, incluido, en su caso, el ejercicio de la correspondiente patria potestad" (17).

Hay quien aún a pesar de calificar la adopción como "negocio jurídico, familiar, bilateral y sometido a la disciplina propia de éstos" no excluye la posibilidad de que tengan elementos comunes a los contratos "en cuanto sean compatibles, y atendida su diferente estructura y función". Este autor reconoce que no la califica de contrato dado que este término entiende que queda reservado para los negocios jurídicos bilaterales con contenido patrimonial (18).

Quizá sea interesante, a modo de paréntesis, = traer a colación la distinción que hace CARIOTA FERRARA= (19) entre negocio bilateral y contrato: "Son negocios =

(17) CASTRO LUCINI "La nueva..." op. cit. pag. 67.

(18) Así VALLINA DIAZ, Alejandro de la "Naturaleza jurídica" op. cit. pag. 445.

(19) CARIOTA FERRARA, Luigi. El negocio jurídico" Trad.= ALBALADEJO, Manuel. Madrid, 1956, pag. 134.

bilaterales los que constan de las manifestaciones de voluntad de las partes... Entre los negocios bilaterales = se llaman "contratos", sin más aditamento o calificación precisamente aquellos negocios bilaterales que tienen contenido patrimonial... Es importante fijar aquí la aten--ción sobre la distinción entre contrato y negocio (bilateral). En la doctrina se hablaba por algunos indiferentemente de contrato y de negocio bilateral de modo que = la expresión contrato venía a coincidir con la de nego--cio bilateral, que abrazaba también los negocios con contenido no patrimonial, por ej. los de derecho familiar..."

A la posibilidad de existencia del negocio jurídico dentro del Derecho de familia se ha opuesto el = Prof. CICU (20) en base a que él considera los negocios= jurídicos familiares, y en concreto la adopción, como actos del poder estatal: "si de negocios jurídicos familiaares se quiere hablar, la expresión debe entenderse en un sentido absolutamente diverso de aquel que tiene en el = Derecho privado, y análogo, en cambio, a aquél que el = mismo tiene en el Derecho público. El negocio jurídico = es aquí, en efecto; acto de poder: esto es, no manifestaa

(20) CICU, Antonio. "El Derecho de familia" Trad. SENTIS MELENDÓ, Buenos Aires, 1947, pag. 324.

ción de voluntad libre dirigida al cuidado de un interés individual. El mismo es normalmente acto del poder público; excepcionalmente también acto del poder familiar. = Por consiguiente matrimonio, separación, adopción, deben ponerse junto a la legitimación por Real Decreto, que se manifiesta más claramente como acto estatal... Podemos = por tanto afirmar que mientras en el derecho privado vale como principio el que toda manifestación dirigida a = un propósito práctico se reconoce como eficaz para producir los efectos jurídicos que actúan y garantizan aquél = propósito, en el Derecho de familia vale el principio in verso: la voluntad individual, como principio, no es capaz de producir efectos jurídicos; lo es solamente en = cuanto este poder le sea reconocido en determinados casos".

A esta postura mantenida, como hemos señalado, por CICU, replica DE LA VALLINA (21) al entender que "hoy en día la diferencia entre negocios de derecho privado y negocios de derecho familiar se encuentra notablemente = reducida, atendido que también en ciertos negocios de de recho privado los intereses particulares quedan subordinados a los intereses generales, ya que sin alterarse la

(21) VALLINA DIAZ, op. cit. pag. 446.

materia de las relaciones reguladas, los criterios infor
madores del Derecho privado se inspiran no en principios
individualistas, sino en principios diversos, esto es, =
en la preeminencia de los intereses generales sobre los=
intereses particulares que se han dado en llamar princi-
pios de sociabilidad y de solidaridad".

Respecto al tema de la exigencia de forma en =
los negocios de Derecho de familia, en general, la razón
de la misma parece abonarla de un lado, la necesidad de
dotar de seguridad y publicidad a los estados de la per-
sona; de otra parte la trascendencia del negocio destinado
a marcar su importancia a lo largo de toda la vida de
la persona. No obstante, es necesario poner de manifies-
to el carácter eminentemente formal del negocio hasta el
punto de que cabría "hablar de un principio de solemni-
dad frente al principio de libertad de forma que domina=
el resto del Derecho privado". (22)

Referido a la forma en los negocios, pero en =
tema concreto de adopción el Prof. DE CASTRO entiende =
que "el Código civil, en general, exige una forma especí-
fica para los negocios del Derecho de familia; así en el

(22) DIEZ PICAZO "El negocio..." op. cit. pag. 784

matrimonio... el reconocimiento de hijo natural... la =
 adopción... Todos estos negocios pueden calificarse de =
 formales, en el sentido de que la forma es un requisito =
 necesario o imprescindible para la misma existencia del =
 negocio" (23).

Por último, y a modo de resumen de las opinio-
 nes expuestas en este apartado, hay que señalar que la =
 adopción es un negocio jurídico de Derecho de familia =
 con las características propias de este tipo de negocio.
 Su contenido está limitado y en ocasiones tipificado rí-
 gidamente; la forma tiende a dar al status la máxima cer-
 teza y sus consecuencias vienen influidas por el elemen-
 to ético que inspira el Derecho familiar. (24)

3.- POSTURA DE CICU. DECLARACION ESTATAL

Hemos reservado para el final el tratamiento =
 de esta postura por ser, en su enunciación general, qui-
 zá la dotada de mayor originalidad, a la vez que rompe =
 los moldes hasta entonces existentes.

(23) CASTRO Y BRAVO "El negocio..." op. cit. pag. 279

(24) VALLINA DIAZ, "Naturaleza..." op. cit. pag. 446.

Antes de enunciar la postura que mantiene CICU respecto a la naturaleza jurídica de la adopción, entendamos que hay que aludir, -bien sea que de manera sucinta- previamente a su concepción respecto a la posición = del Derecho de familia dentro de la sistemática del Derecho.

CICU es ante todo -obvio es decirlo- un constructor de teorías jurídicas de gran originalidad. Parte, para hacer su construcción, del alejamiento de la concepción tradicional que incluye el Derecho de familia dentro del Derecho privado, hasta el punto de afirmar sin = ambages que aquél debe ser situado fuera del campo de éste. Entiende que el Derecho de familia es una especie de "tertium genus" con independencia del Derecho privado y del Derecho público.

Hay que poner de relieve que nunca llegó CICU = a sostener el carácter publicista del Derecho de familia. "Se limitó a demostrar que no se le podían aplicar los = principios y notas distintivas del Derecho privado patrimonial; reconociendo ciertamente la existencia de un interés superior al de los individuos particulares que lo = integran, pero excluyendo en todo caso una posible relación de dependencia de la familia con respecto del Estado. Por eso, precisamente, en un primer momento, configu

ró el Derecho de familia como una rama intermedia entre el Derecho público y el privado" (25)

Para poder construir su argumentación el citado profesor entiende que deben establecerse los criterios diferenciadores de los dos aspectos fundamentales del Derecho -público y privado- estimando indispensable retroceder hasta el concepto de Estado y a la posición que dentro de él ocupa el individuo. Para CICU el Estado es un organismo y lo es porque en él se encuentran los caracteres de todo organismo, dependencia de los elementos constitutivos hacia un fin común, conexión e interdependencia de los elementos entre sí (26).

"Constituyen el Estado los individuos, no como entidades biológicas sino como entidades espirituales, en cuanto tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para realizarlos (27).

(25) BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José "La doctrina de CICU sobre la posición sistemática del Derecho de familia" RDP, 1965 pag. 822

(26) CICU, Antonio, "La filiación" Trad. GIMENEZ ARNAU y SANTACRUZ TELJEIRO. Madrid, 1930, pag. 9.

(27) CICU, op. cit. pag. 9

Jurídicamente el individuo no puede encontrarse en el Estado sino en posición de plena dependencia. = Para resolver el conflicto entre individuo y Estado -si- que diciendo CICU- ¿debe éste procurar considerar como = fines suyos los fines individuales, elevándolos a superiores, o, por el contrario, dejar al particular una más o menos amplia esfera de libertad de acción, en la cual= sería árbitro para su logro?. Planteada la cuestión de = esta manera se echa de ver fácilmente que, aunque el individuo esté colocado en tal estado de libertad, ni se = encuentra fuera ni contra, aunque depende del Estado (28)

Ahora bien, esta libertad concedida es privada, sus reglas de Derecho privado. Por tanto, la distinción= entre Derecho público y Derecho privado resulta de la di versa posición del individuo dentro del Estado: de depen dencia con respecto a un fin público en el Derecho públi co, posición de libertad en el Derecho privado. Siendo = voluntad e interés los elementos esenciales de todo Dere cho, éste, en el Derecho privado es individual, entre en tidades autónomas. Por el contrario, en la relación de = Derecho público como quiera que esta se produce entre el

(28) SANTA CRUZ, J. y GIMENEZ ARNAU, F. "La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor CICU" RDP, 1927 T. XIV, pag. 243.

individuo y el Estado como entidad soberana, no es admisible que el interés del individuo se distinga y oponga al del Estado. El interés de éste es superior a los intereses individuales (29)

Una vez establecidas las diferencias entre Derecho público y Derecho privado, CICU se refiere al lugar que las relaciones de familia ocupan en el sistema general del Derecho. "Si examinamos las relaciones de Derecho de familia en su estructura, serán fácil convencerse que en ellas no se tutelan intereses individuales como autónomos, independientes, opuestos a otros. No se tutela frente a ellas ninguna libertad de querer. Antes bien, la subordinación de la voluntad aún interés unitario, superior, por consiguiente a los intereses individuales, se manifiesta mejor que en el Derecho público" = (30).

Las relaciones entre cónyuges sirven de ejemplo a CICU para contrastar su opinión. La Ley gravita sobre ellas negando a los esposos la libertad de constituir las, de regularlas, de disolver las relaciones conyugales. No

(29) CICU, "La filiación" op. cit. pag. 11.

(30) Idem pag. 12

se regulan voluntariamente, porque las leyes en mayor o menor escala, según su mayor o menor perfección, señalan los derechos y deberes de los cónyuges, prohibiendo sustraerse a ellos o limitarlos mediante pactos o condiciones, alcanzando incluso algunas de sus disposiciones a la regulación de sus relaciones patrimoniales (31).

Ahora bien "otra cosa completamente distinta, de acuerdo con las ideas de CICU, es el reconocimiento de la familia por el Estado como una sociedad natural con derechos y deberes anteriores a toda ley positiva, a causa de lo cual tiene que otorgarle especial protección, impidiendo que quede a merced de los egoismos e intereses particulares" (32)

En cuanto a las relaciones entre padres e hijos, afirma CICU: "pronto llamó mi atención la relación pater no-filial. En ella, en efecto, tenía el máximo relieve el predominio del elemento deber... y la subordinación del interés individual a un interés superior. pero, además ofrecía otras características especiales, frente a las relaciones comunes y normales del Derecho privado...

(31) Idem. pag. 13

(32) BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit. pag. 824.

en la relación de la patria potestad surgía el problema= de en qué personas surge, respectivamente, el derecho y la obligación: considerando el derecho subjetivo como = "potestad de querer", según la definición de WINDSCHEID, parecía radicar exclusivamente en el padre; considerándo lo, en cambio, como un "interés jurídicamente protegido", parecía radicar en el hijo. (33)

Después de aludir al interés del hijo, protegido jurídicamente frente al padre, porque siendo el hijo= incapaz no hubiese podido ejercitar ningún derecho frente al padre, afirma el profesor CICU: "se reproducía de este modo en el Derecho de familia la misma situación = que existe en el Derecho público; hay un interés simple= del hijo que no está protegido mediante una acción atribuida al hijo frente al padre, sino mediante la imposi--ción del deber al padre y la vigilancia y control que = otros ejercitan para que ese deber sea cumplido. Esta vigilancia y control pueden llevar a una acción judicial = dirigida a limitar el poder del padre e incluso a privarle del mismo por abuso de poder, exactamente igual que = en los casos de interés legítimo del Derecho público, =

(33) CICU, Antonio, "Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia" Trad. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. RDP, 1952 pag. 187.

protegido mediante acción ante los órganos de la justicia administrativa, en los que la acción se dirige a promover un juicio sobre el uso que se ha hecho del poder.

En último análisis encontramos un verdadero y propio derecho subjetivo del hijo, basado en su interés individual (patrimonial o no patrimonial), cuando al surgir el conflicto de intereses con el padre éste queda decaído de su poder de representación, por lo que es preciso sustituirle con el nombramiento de un tutor especial sin que cese por ello la patria potestad" (34)

"La diversa posición que el individuo ocupa en el Estado, según se le considere como tal individuo o como miembro del organismo estatal, se reproduce aquí según que consideremos al padre como tal padre o como simple = individuo" (35).

El resumen de la posición doctrinal del Profesor CICU, las conclusiones a que ha llegado, las hace el mismo en base a los siguientes postulados:

(34) Idem pag. 187

(35) CICU, "La filiación" op. cit. pag. 13

También en el Derecho de familia la relación = jurídica tiene los caracteres de la de Derecho público:= interés superior, unitario, y voluntades convergentes a su satisfacción. Es, pues, una relación orgánica. La familia, es cierto, no se nos presenta como un organismo = igual al Estado, en cuanto que no hay en ella una organización de sus miembros; pero esto depende de que las funciones a ella confiadas suelen ser temporales y hasta, a veces, accidentales.

Dada la estructura de las relaciones de Derecho de familia, radicalmente diversa de las relaciones = de Derecho privado, incluir en el Derecho privado el Derecho de familia, como se hace generalmente, está en pugna con los más elementales criterios de sistematización= científica. Esencialmente diverso es, efectivamente, el objeto de la tutela jurídica en uno y otro campo: en el Derecho privado se regulan conflictos de intereses, principalmente sobre la base de la voluntad y de la responsabilidad de los particulares interesados, mientras que en el Derecho de familia se garantiza el interés superior = frente a los intereses de los individuos.

Con todo esto no queremos afirmar que el Derecho de familia deba incluirse en el Derecho público. Si Derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el Derecho de familia no es Derecho público. =

La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos a la vigilancia y a la tutela = del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como estos" (36)

El profesor CICU resume en una frase toda su construcción doctrinal: "al Derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre Derecho público y Derecho privado; es decir que la = bipartición podría ser sustituida por una tripartición = que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político" (37).

Refiriéndose al tema concreto de la adopción = CICU sostiene que "se reconoce a la homologación por parte de la Corte de apelación, una función constitutiva en conexión con el principio de que el estado de las personas no puede ser materia de contrato" (38)

(36) Idem. pag. 14

(37) Ibidem. pag. 14

(38) CICU, antonio. "La filiazione". op. cit. pag. 313.

Esta última consideración tiene -en opinión de CICU- valor fundamental. Falta, en materia de estado de las personas un poder de disposición privado; por lo tan to, el elemento primordial de la figura del contrato. Da do que las partes pueden moverse por intereses egoístas, lo que intenta tutelar la Ley es un interés superior familiar. El interés que la Corte de apelación debe valorar no es un interés distinto del que constituye la razón de ser de la voluntad entre las partes (39)

De otra parte, la doctrina dominante en Italia, ve en la homologación el momento perfectivo de la adop ción. Tanto más debe esto considerarse a tenor de lo dis puesto en el Código vigente. Según el punto de vista de CICU el Auto que emana de la Corte de apelación no solo= señala el momento de perfección, sino que la homologación es en sí misma el acto constitutivo de la adop ción.

La función de la Corte al pronunciar la adop ción no es sustitutiva de la voluntad privada jurídicamente ineficaz, como puede ser la voluntad del representante legal del incapaz, ni es integrativa de un poder = incompleto de representación. La Corte desarrolla una =

(39) Idem, pag. 314.

función de centro de la legalidad del acto, es cierto; =
pero su tarea no se agota al conceder una autorización =
al nacimiento del acto; porque en cambio lo que hace la
Corte es dar vida al acto, y es la Corte la que pronun--
cia la adopción (40).

En definitiva la teoría de CICU en torno a la
naturaleza jurídica de la adopción se puede resumir de =
la siguiente forma: "No se puede considerar el consenti-
miento de las partes como elemento constitutivo concurren-
te con la homologación (41). Así como en el matrimonio =

(40) Idem. pag. 316. En un sentido parecido se pronuncia ZANOBINI, L. "L'atto di adozione e la sua revoca", = 1947, pags. 10 y 11, al definir el negocio de adop-
ción como: "Acto del Estado de competencia de la =
Corte de Apelación". "El acto de la Corte de Apela-
ción no se limita a una simple comprobación de las =
condiciones previstas en la Ley, sino que aprecia =
libremente las circunstancias de hecho que pueden =
influir sobre la conveniencia de pronunciar la adop-
ción. Tanto si la Corte admite o no la adopción su
acto no tiene por qué ser motivado; es evidente que
se trata de un acto ampliamente discrecional".

(41) En esta ocasión CICU se está refiriendo a DUSI, B,
quien en "Della filiazione e della adozione" in "Il
diritto civile italiano" per cura de FIORE, Pasqua-
le, Vol. III, parte seconda, Napoli, 1911, pag. 911,
establece: "Siendo la adopción un acto único que =
surge de la unión de dos miembros esenciales, el =
consentimiento de las partes y la homologación de =
la Corte, además de otras formalidades, el proceso =
para su cumplimiento comienza con la solemne mani-
festación del consentimiento del adoptante y del =
adoptado, y se perfecciona con la emanación del Au-
to con el cual la Corte admite la adopción".

no hay una relación entre tres, sino una relación que se constituye entre los particulares y el Estado, es el Estado quien sobre la base de la voluntad de las partes, = constituye entre ellas la relación (42)

(42) CICU, "La filiazione"... op. cit. pag. 314.

I I I

A P R O B A C I O N J U D I C I A L

C O M O

R E Q U I S I T O E S E N C I A L

D E L A

A D O P C I O N

C A P I T U L O I I I
=====

APROBACION JUDICIAL COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA ADOPCION

- 1.- Procedimiento de jurisdicción voluntaria.
- 2.- Prestación del consentimiento.
 - A.- Consentimiento del adoptante.
 - B.- Consentimiento del adoptando. Intervención de los padres de éste.
- 3.- Facultades discrecionales de la autoridad judicial.
 - A.- Valoración del dato de la existencia de hijos del adoptante.
 - B.- Conveniencia de la adopción para el adoptado.
- 4.- Valor de la intervención de la autoridad judicial.

La calificación de esencial que hemos dado al requisito de la aprobación judicial tiene su justificación, dado que entendemos que es en el momento en que el Juez aprueba la adopción cuando ésta nace a la vida jurídica.

Entendiendolo así se solventan problemas que se pudieran plantear de no aceptar esta consideración, con independencia de que de su aceptación se deriven importantes consecuencias, todas ellas, a nuestro juicio, favorables al adoptado, como más adelante veremos.

1.- PROCEDIMIENTO DE JURISDICCION VOLUNTARIA

En tema de adopción la clase de procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria, que deberá por tanto, ajustarse a lo dispuesto en los arts. 1811 a 1824 LEC (Disposiciones generales) y fundamentalmente a los arts. 1825 a 1832 LEC referidos concretamente al tema de adopción (1). Por esto es por lo que el art. 174,

(1) A este respecto la doctrina discute hasta qué punto no han quedado estos artículos derogados por las reformas del Código civil, sin que haya sufrido ninguna la LEC. Sobre este punto volveremos más adelante.

último párrafo, habla de "expediente de adopción" (2).

Sin pretender, ni mucho menos, reproducir la discusión sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria -tema que, por otra parte, escapa a nuestro campo de investigación y al objeto de este trabajo- intentaremos señalar las características más generales que la doctrina ha atribuido a este tipo de jurisdicción, y sobre todo en relación con el tema de la adopción.

La adopción nace a la vida jurídica a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, mediante el cual el Estado presta su conformidad a aquella (3). "El fin es que el Estado persigue en la jurisdicción voluntaria proteger y asegurar los derechos de los particulares, vigilar la conclusión de los negocios jurídicos, autorizarlos y darles forma. Ejerce, pues una especie de administración de derecho privado, en cuya gestión no solo aplica principios jurídicos, sino razones de oportunidad y conveniencia. Presta su conformidad en numerosos negocios

(2) Vid. en este sentido BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. "comentarios al Código civil y compilaciones forales" Madrid, 1982 pag. 317, nota. 9

(3) VALLINA DIAZ, Alejandro de la "Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción" RDP, junio 1969 = pag. 447.

(p. ej. la adopción) y por medio de ella los hace válidos" (4).

La jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de las relaciones existentes (5).

Haciendo alusión al tema de la adopción, y aun que refiriéndose a la legislación italiana, CHIOVENDA (6) entiende que "un caso de intervención del Estado en la formación del estado de las personas se encuentra en el decreto de la Corte de apelación que declara "haber lugar a la adopción". El decreto del magistrado, en este caso no constituye un nuevo estado jurídico en actuación de un derecho correspondiente de una persona hacia otra, pero coopera a la constitución de un estado que las partes están conformes en constituir. La Corte puede no ==

(4) KISCH, W. "Elementos de Derecho procesal civil" Trad. esp. PRIETO CASTRO. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932, pag. 39.

(5) CHIOVENDA "Principios de Derecho procesal civil" I. Trad. esp. CASAIS Y SANTALO, José. Ed. Reus, Madrid. s.f.e. pag. 385.

(6) Idem, pag. 391.

aprobar la adopción si reconoce que el adoptante no goza de buena fama o que la adopción no conviene al adoptado".

Refiriéndose al contenido de la jurisdicción = voluntaria, a la función que desempeña y a las actividades que comprende, CALAMANDREI (7) afirma que "el Estado reconoce a los particulares, para la satisfacción de sus intereses, un cierto campo de autonomía, dentro del cual puede desarrollarse su poder negocial, esto es, el poder de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad; pero mientras, en algunos casos, basta la voluntad de los interesados, manifestada en ciertas formas, para producir los efectos jurídicos deseados, en otros, el efecto no puede producirse si la voluntad de las partes no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, limitándose a una simple verificación de legalidad o también, a veces, entrando a examinar la oportunidad del acto con criterios discrecionales, obra como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado = por ellos y, por consiguiente, para la satisfacción de = los fines que los particulares, a través del negocio, se

(7) CALAMANDREI, P. "Instituciones de Derecho Procesal = civil." I. Trad. esp. SENTIS MELENDO. Ed. Jurídicas = Europa-América, Buenos Aires, 1962, pag. 193.

proponen".

A pesar de estas afirmaciones, lo cierto es = que, en algunas ocasiones, es extremadamente difícil establecer la diferenciación entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. "La jurisdicción voluntaria= está situada en la zona fronteriza entre la función ju-- risdiccional y la administrativa; aun siendo función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida= por órganos judiciales" (8).

Esta última afirmación es discutible, sobre to do cuando "el límite entre la jurisdicción voluntaria y la jurisdicción propia... llega a ser extremadamente sutil en aquellos casos en que el acto jurisdiccional tiene finalidad constitutiva de nuevas situaciones jurídicas: y especialmente en aquellos casos... en que el efecto constitutivo producido por el acto jurisdiccional no= podría obtenerse -aun cuando las partes estuviesen de = acuerdo en quererlo-, sin pronunciamiento del Juez" (9).

(8) VALLINA DIAZ, Alejandro de la.op, cit. pag. 447 nota 77.

(9) CALAMANDREI, op. cit. pag. 195.

Por su parte SCHONKE (10) entiende que los asuntos más importantes de la jurisdicción voluntaria son = los relativos al estado civil de las personas, tutela, = partición de bienes... ya que para la eficacia jurídica= de éstos se precisa la colaboración de un órgano judi- - cial del Estado.

También la doctrina española se ha pronunciado, evidentemente, sobre el concepto de jurisdicción voluntaria. Manteniendo nuestra intención de no entrar en la polémica acerca de la naturaleza jurídica de dicha jurisdicción, por las razones antes apuntadas, señalaremos = simplemente las opiniones de algunos autores que, por la relevancia de los mismos, nos parecen de sumo interés.

Con independencia de dar un concepto de jurisdicción voluntaria establecen las diferencias de ésta = respecto a la contenciosa.

Así, para GUASP (11) "la jurisdicción voluntaria no es auténtica jurisdicción, por no comprender ver-

(10) Vid. SCHONKE; Adolfo "Derecho procesal civil" Trad. esp. Ed. Bosch. Barcelona, 1950. pag. 58.

(11) GUASP, Jaime. "Derecho procesal civil" T. II. Ed. = Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1968, pag. 947.

daderas actuaciones procesales. En ella no pueden plantearse pretensiones procesales verdaderas... En la jurisdicción voluntaria no puede verse un conflicto inter partes, ni tampoco una protección, actuación o tutela coactiva, de ningún derecho, subjetivo u objetivo".

Por su parte GOMEZ ORBANEJA (12) con una interpretación similar afirma que "la llamada jurisdicción voluntaria no es jurisdicción; la actividad que se cumple en ella no es proceso... Pero el Derecho procesal civil no puede desentenderse de ella en cuanto que, como actividad atribuida en parte a los Jueces y Tribunales: a) su regulación figura principalmente en la misma LEC, ocupando todo un libro, el tercero; b) puede adoptar formas y hasta producir efectos en todo análogos a los del proceso; c) la línea divisoria que la separa de la jurisdicción contenciosa es sumamente imprecisa y no coincide en modo alguno con la trazada por el propio legislador".

En cuanto a las diferencias apreciadas de la contenciosa respecto a la voluntaria, "la primera se ejerce inter nolentes y la segunda inter volentes, pero

(12) GOMEZ ORBANEJA, Emilio. "Derecho procesal civil" = Vol I. Madrid, 1976 pag. 58.

esta distinción solo puede ser aceptada con muchas reservas, ya que hay verdaderos procesos sin contradicción de voluntades, y hay jurisdicción voluntaria en que la repulsa de algún interesado no basta para desvirtuar el carácter que normalmente tiene" (13). Con otro criterio = distintivo cabe establecer que "el fin de la jurisdicción contenciosa es proteger o conservar; el de la voluntaria, constituir, desarrollar o completar relaciones jurídico= privadas" (14).

Respecto a este mismo tema de la jurisdicción= voluntaria, otro autor (15) entendiendo que las resoluciones objeto de la misma tiene finalidad constitutiva,= afirma que "si alguno de los procedimientos regulados en nuestra Ley de enjuiciamiento civil, pudieran no estar = muy conformes con esta finalidad constitutiva de status= o situaciones jurídicas de la jurisdicción voluntaria = atribuida a la competencia de los órganos investidos de jurisdicción, ello es debido a que nuestra Ley Procesal= Civil, no ha seguido un criterio científico de atender a

(13) GUASP. Jaime, op. cit. pag. 948

(14) GOMEZ ORBANEJA, Emilio, op. cit. pag. 58.

(15) CIMA GARCIA, Carlos. "Finalidad constitutiva del = auto aprobando la adopción". Revista de Derecho procesal Iberoamericana, 1970, pag. 415.

la intrínseca naturaleza y finalidad de los actos de jurisdicción voluntaria atribuidos a los jueces... no puede apriorísticamente establecerse si constituyen o no es tos actos actividad jurisdiccional o administrativa; sino que en cada supuesto legal concreto se ha de determinar este carácter o naturaleza y... este desenfoque sistemático y científico de la Ley citada, no puede servir de soporte firme para no atribuir a los actos de jurisdicción voluntaria de la competencia judicial su finalidad constitutiva, y entre los cuales hemos de incluir = sin lugar a dudas el expediente o procedimiento establecido para la constitución del vínculo legal de la adopción".

Para PRIETO CASTRO (16) "el contenido de la jurisdicción voluntaria en España es de difícil determinación. En último lugar decide el Derecho positivo, que no está solo en la LEC, sino en el Código civil y en otras leyes. No obstante aparecer muy oscuros los límites entre jurisdicción contenciosa (proceso, en sentido restringido) y voluntaria, es muy dudosa la exactitud del criterio de la LEC en la delimitación. Muchos Títulos del Li-

(16) PRIETO CASTRO, Leonardo. En Anotaciones a la Trad. de KISCH "Elementos de Derecho procesal civil", op. cit. pag. 41.

bro III de la LEC son letra muerta (2; 3, 5, 7); han sido modificados o anulados por el Código civil. Todo como consecuencia de haberse dejado intacta la LEC después de publicarse los dos Cuerpos legales que principalmente = tratan de aplicarse en la vida jurídica, lo que es incompreensible y absurdo".

Con referencia a este último tema -posible discrepancia del Código civil y los preceptos de la LEC, en materia de adopción- "constituyen una regulación supletoria con respecto a los posteriores del Código civil y solamente son aplicables en cuanto no se opongan a los expresados en éste. Por esta razón ha de entenderse derogado el art. 1832 de la LEC, pues las adopciones mediante= otorgamiento del Rey y las arrogaciones son institucio--nes que hoy no existen" (17).

GARCIA CANTERO (18) hace una detenida labor de exégesis de los preceptos de la LEC para impedir que, = por pura rutina, queden frustradas las finalidades de la

(17) CASTRO LUCINI, "Algunas consideraciones..." op. cit. pag. 282. En el mismo sentido CHICO ORTIZ, José Mº= "La adopción y el registro..." op. cit. pag. 1432.

(18) GARCIA CANTERO, Gabriel. "El nuevo régimen de la = adopción" ADC 1971, pag. 834.

nueva Ley de adopción. Considera derogado el art. 1832 = de la LEC. Señala que lo que el art. 1825, del mismo Cuerpo legal, denomina "licencia judicial", el 173 del C.c.= lo considera "aprobación del Juez competente", y hace no tar la actualidad de la exigencia de pruebas sobre "la = utilidad de la adopción para el adoptado". Respecto al = art. 1831 de la LEC entiende que se puede mantener su vi gencia con la modificación terminológica de "autori- - ción" por "aprobación" (19)

Ciertamente es incompresible que después de re formar el Código civil, el legislador no reformase los preceptos afectados de la LEC, ajustándolos. Lo que ha = dado lugar a una ardua labor interpretativa y fomentado= una polémica doctrinal (20) acerca de la vigencia o dero gación tácita de los artículos -en nuestro caso concreto- 1825 a 1831 de la LEC referentes a la adopción, por aque

(19) Sobre las diferencias terminológicas entre "autori- zación" y "aprobación" Vid. infra n°

(20) ARCE Y FLOREZ-VALDES "En torno al consentimiento pa ra la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de = 1970" RGLS, 1970 pag. 647, considera perfectamente= vigentes los preceptos de la LEC.

llos reformados del Código civil (21).

2.- PRESTACION DEL CONSENTIMIENTO

El tema del consentimiento en la adopción es = uno de los más interesantes por cuanto, con independen-- cia de ser el primer paso en el iter adopcional, es nece= sariamente previo a la intervención de la autoridad judi= cial, ya que en base a él el Juez aprobará o no la adop= ción.

El aludir en este punto solamente al consenti= miento del adoptante y del adoptado tiene su razón de = ser dado que ambos son los denominados consentimientos = básicos, ante cuya falta o manifestación en contra, el = Juez carece en absoluto de facultades decisorias. De == otra parte hemos estimado conveniente aludir al consenti= miento del padre y la madre del adoptado, ya que aunque= este consentimiento no sea de los denominados básicos, y

(21) En este sentido LACRUZ BERDEJO - SANCHO REBULLIDA = "Derecho de familia" II, Ed. Bosch, Barcelona 1975, pag. 136, nota 11 al afirmar: "Los artículos 1825-1832 LEC deben ser concordados con el C.c., que no admite la arrogación, exige siempre la autorización judicial, etc. Es lástima que no se redactasen de = nuevo estos preceptos -como se hizo con otros de la LEC- con ocasión de la reforma de 1958. Tampoco han sido concordados con el C.c. con ocasión de la de = 1970.

su falta no impida al Juez decidir "lo más conveniente = para el adoptado", se requerirá en aquellos casos en que el adoptado por su edad o circunstancias se encuentre bajo la patria potestad de sus progenitores.

A estos consentimientos y al resto de los que= contempla el Código civil aludía la Exposición de Moti--vos de la Ley de 1970: "... Por lo que concierne al con= sentimiento se han estimado oportunas algunas matizacio= nes. En la regulación propuesta son distinguibles tres = grados o escalas. Hay un consentimiento básico, sin el = cual carecería de sentido siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptando mayor de 14 años. El Juez carece, como es natural, de facultades decisorias = en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo. En segundo lugar aparecen ciertas moda= lidades del consentimiento, como el del cónyuge si la = adopción no es conjunta, el de los padres del menor de = edad y el del tutor, que técnicamente tendrían mejor en= caje quizá en la figura del asentimiento; si bien la fal= ta en el Código civil de una acepción de la palabra con= ese significado específico ha aconsejado prescindir de = su empleo. En las hipótesis indicadas si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, = practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más con= veniente para el adoptando. El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas:

el adoptando menor de 14 años, el padre o la madre privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad y la persona que ejerciera la guarda del adoptando".

Desde el punto de vista práctico el consentimiento viene a ser la causa natural de la adopción y uno de los factores que mayores cuestiones suscita, tanto a través de su exigencia legal, como por medio de la determinación de las personas que han de prestarlo, y los efectos de esta prestación (22).

Las condiciones y las circunstancias que rodeen tanto al adoptante como al adoptando influirán al Juez, necesariamente, a la hora de tomar su decisión; facultad decisoria de la que carecerá en el supuesto de negativa o ausencia de cualquiera de los dos consentimientos. Esta imposibilidad del Juez de pronunciar la adopción en contra del consentimiento del adoptante y del adoptado, también cabe entenderla "a sensu contrario" de la dicción del art. 173,4 del Código civil: "Si cualquiera de los llamados a prestar consentimiento, fuera del caso del adoptante y del adoptado, no pudiese ser citado, o cita-

(22) ARCE Y FLOREZ-VALDES "En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970" en "Estudios sobre la adopción" Madrid, pag. 42.

do no concurriere, el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptado" (23)

A). CONSENTIMIENTO DEL ADOPTANTE

La necesidad de que el adoptante preste su consentimiento es tan obvia, que aunque normalmente viene = exigida en la mayoría de los textos legales, su ausencia, en ocasiones de los mismos no suscita dudas respecto a = su necesaria exigencia (24)

De cualquier manera la prestación de este consentimiento no suele plantear problemas por cuanto ha de ser necesariamente una persona mayor y capaz.

Los problemas que pudieran surgir respecto a = la prestación del consentimiento por parte del adoptante los resuelve el propio Código civil en el art. 172,2 al requerir que el adoptante tenga treinta años cumplidos y se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles.= Respecto a la adopción por ambos cónyuges el Código solo

(23) Así lo entiende ARCE, op. cit. nota 13

(24) Con la redacción dada al Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958 no venía recogida la necesidad de este consentimiento.

exige que uno de ellos haya alcanzado dicha edad.

Este requisito introducido por la reforma de = 1970 -en la adopción conjunta es suficiente que uno de = los cónyuges haya alcanzado la edad de treinta años- no debe hacer pensar que es irrelevante la edad del otro = cónyuge sin más requisito que tener dieciseis años más = que el adoptado. Hay que valorar que en dicho precepto = "se encuentra implícita otra limitación respecto de la = edad, cual es la de que en todo caso, el cónyuge menor = de treinta años, en la adopción conjunta ha de ser mayor de edad, ya que, en caso contrario no se hallaría en el ejercicio de todos sus derechos civiles. Solamente la ma yoría de edad produce ese efecto de forma adecuada, y = aun cuando tenga la emancipación por matrimonio, ésta no implica la totalidad de ejercicio o plena capacidad de = obrar" (25)

Cuando se de esta hipótesis hay que entender = que no podrá realizarse la adopción conjunta por faltar= un requisito básico del negocio cual es la capacidad de una de las partes. Lo que se deberá hacer en estos casos es acudir al supuesto de adopción realizada únicamente =

(25) ARCE, op. cit. pag. 48

por el cónyuge que goce de plena capacidad de obrar, limitándose el menor a mostrar su "asentimiento" en espera de alcanzar la mayoría de edad para poder formalizar la adopción (26)

B). CONSENTIMIENTO DEL ADOPTANDO. INTERVENCION DE LOS PADRES DE ESTE

La prestación del consentimiento por parte del adoptando plantea problemas de más difícil solución que la del adoptante.

En primer lugar hay que señalar que la necesidad de prestar consentimiento los mayores de catorce años y por tanto menores de edad es una novedad legislativa = introducida con motivo de la Ley de reforma de 1970. Con anterioridad a la Ley de 1970 el consentimiento del adoptando solo era exigido cuando éste había llegado a la mayoría de edad (art. 176). Ciertamente era un contrasentido que si el adoptado, aunque menor de edad, tenía juicio suficiente, no se le permitiese expresar su opinión = en algo que le afectaba tan directamente. Junto con el = consentimiento del adoptado mayor de catorce años el Có-

(26) En este sentido FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO "La adopción" op. cit. pag. 730

digo exige para aquellos que no hayan llegado a la mayoría de edad el consentimiento (asentimiento habla la Exposición de Motivos) de los padres que estén ejerciendo la patria potestad, optando así nuestro Derecho por un régimen mixto.

Con esta exigencia de consentimiento del menor de edad, no debe desprenderse que la nueva Ley de 1970 haya querido instaurar un caso especial de capacidad de obrar, sino que la capacidad atribuida al menor tiene más bien su encuadre dentro de la llamada por la doctrina "capacidad limitada pero completable". El consentimiento prestado por el padre, la madre, o el tutor, según los casos del menor de catorce años sujeto a patria potestad o tutela debe inscribirse en el marco de la representación legal que suple la falta de capacidad del menor de catorce años que en definitiva es quien resulta afectado por la adopción dado que se modifica su estado civil (27).

En el supuesto de que el menor no haya alcanzado los catorce años será oído por el Juez si tuviere suficiente juicio a tenor de lo dispuesto por la LEC en su

(27) Así ARCE, op. cit. pag. 51.

art. 1827: "Cuando el adoptando sea menor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, = consignéndose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice".

La relevancia de estas edades, siete y catorce años, a efectos de que el adoptado consienta en la adopción, produce -a juicio de BERCOVITZ (28)- complicaciones a la hora de trasladarlas, por analogía, a los supuestos de adoptandos incapacitados. Según el grado de incapacitación, el adoptando habrá de prestar su consentimiento, habrá de ser oído, o ni siquiera éste último. La discusión sobre si ha de ser oído o no, parece fácil puesto que los siete años se relacionan con que el adoptando tenga suficiente juicio; en cambio la decisión de si ha de prestar consentimiento ya no parece tan fácil. A este respecto debe ser punto obligado de referencia la resolución judicial en la que se hubiese declarado la incapacitación. En esta cuestión, como en otras, se debe = dejar al Juez competente para pronunciar la adopción un amplio margen de discrecionalidad.

El consentimiento de los padres, ya hemos afir

(28) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO "Comentarios..." op. cit.= pag. 320.

mado antes, se considera sobre la base de que el adoptando sea menor, y sea menor no emancipado. De tal manera = que si es un menor en el que concurre la emancipación de sapatecen esta prestación de consentimiento de los padres como requisito en el procedimiento de adopción.

Dado que esta exigencia de prestación de consentimiento se opera sobre la base del ejercicio de la patria potestad, entendemos que estos "padre o madre" a = que se refiere el Código civil debe extenderse a todo tipo de progenitores ya lo sean por naturaleza o por adopción, entendiendo con este último supuesto la adopción = posterior por parte del cónyuge del adoptante.

A la prestación del consentimiento hace referencia la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo = de 20 de abril de 1971. Al aludir a los distintos tipos= de consentimiento, y al resto de las personas que con independencia del adoptante y del adoptado deben prestarlo, la Fiscalía del Tribunal Supremo entiende que: "Para prevenir la posible ausencia de estas personas que deben = prestar el consentimiento -salvo el caso del adoptante y adoptado mayor de 14 años- o que simplemente deben ser = oídas, la Ley dispone que si no pudieran ser citadas, o citadas no concurrieren, puede el Juez acordar lo que =

considere más conveniente para el adoptado. (29)

"En estos casos de incomparecencia, el Fiscal= en defensa del vínculo adoptivo, debe vigilar para que = se cumplan todos los requisitos que la LEC establece para las citaciones judiciales... ya que el art. 177 del Código civil, permite al padre o a la madre, legítimos = o naturales, pedir se declare judicialmente extinguida = la adopción en el caso de que no hubieran intervenido en el expediente ni prestado consentimiento, si probaren = que fué por culpa independiente a su voluntad" (30)

Hay que tener presente que la vinculación entre consentimiento y patria potestad se "debe a que a = través de la adopción se establece una vía excepcional = de pérdida voluntaria (renuncia) a la patria potestad. = De ahí que ésta no pueda producirse sin contar con los = titulares de dicha patria potestad. De ahí también que = para aceptar semejante renuncia, es decir, la validez y eficacia del consentimiento en cuestión deben exigirse = las máximas garantías" (31).

(29) Ap. 2° A, párrafo 3° de la Circular.

(30) Ap. 2° A, párrafo 4° de la Circular.

(31) BERCOVITZ, op. cit. pag. 322.

Lógicamente en el supuesto de menores abandonados -tema que no tratamos por escapar al objeto de este trabajo- no se requiere el consentimiento de los padres (art. 174,1) aunque pueden ser oídos. Es evidente esta = dicción del Código, dado que si los padres no se han == preocupado del menor de tal manera que haya tenido que = ser declarado en situación de abandono, ninguna relevancia tendría pedirles su opinión sobre un tema que han de = mostrado no les interesaba.

3.- FACULTADES DISCRECIONALES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

A). VALORACION DEL DATO DE LA EXISTENCIA DE HIJOS DEL = ADOPTANTE

Ciertamente el dato de la existencia de hijos = del adoptante, previa a la adopción, está en estrechísima relación con la conveniencia de la misma para el adoptando, pero no como una circunstancia independiente a valorar por el Juez -aunque se trate de una situación de = especial consideración- sino más bien como inserta dentro del análisis general que la autoridad judicial debe = realizar para estimar o no la conveniencia de la adopción

Se trata de una situación necesitada de meticoloso análisis lo ha puesto de relieve el mismo legislador en el art. 173 "in fine": "... y muy especialmente =

si el adoptante tuviere hijos" (32)

Con anterioridad a la Reforma de 1970 el art. 173 establecía que "Se prohíbe la adopción... 2º) A los que tengan descendientes legítimos, legitimados, o hijos naturales reconocidos". La supresión de esta prohibición parece que fué lo que movió al legislador a señalar la necesidad de que la autoridad judicial valorase el dato de la existencia de hijos del adoptante. Esta facultad discrecional que se otorga al Juez "parece haber sido consecuente con la dificultad de insertar en el seno de una familia con hijos, por los problemas de adaptación e inevitables fricciones que la convivencia de un hijo adoptivo puede acarrear. Estos problemas se verán evidentemente agravados en el caso de intereses económicos de cualquier clase, como sucedería, por ejemplo, a la hora de la sucesión o de tener que compartir el disfrute de los bienes familiares" (33).

(32) Al hablar de hijos el Código civil se refiere a cualquier clase de ellos, matrimoniales, no matrimoniales u otros adoptivos, a tenor de lo dispuesto en el art. 108 del C.c.:
Este mismo art. 173 ha sido reformado en este punto concreto por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, suprimiendo la mención que con anterioridad hacía a hijos "legítimos, legitimados, naturales reconocidos u otros adoptivos".

(33) REVERTE NAVARRO, Antonio. "intervención judicial en las situaciones familiares" Murcia, 1980, pag. 184.

En un sentido similar se pronuncia BERCOVITZ =
(34) al señalar que "la insistencia en los casos en que=
el adoptante tenga ya hijos es lógica, puesto que en ta
les casos la pugna de intereses entre esos hijos y el =
adoptando puede alcanzar el máximo grado".

Respecto a este punto creemos que no se puede=
generalizar. Es probable que en algunos casos se de esa
pugna de intereses, pero habrá indudablemente otros en =
que esas fricciones no existan; en definitiva cada caso=
concreto es un mundo distinto, por lo que nos parece muy
acertado dejar al arbitrio judicial el análisis y la con
sideración de la posible pugna de intereses que, en un =
caso concreto pueda haber, dado que la Ley no puede des=
cender al análisis de los detalles que se podrían dar en
cada caso particular.

Hay que estimar como un elogiabile acierto la =
supresión de la prohibición de adoptar a quien ya tuvie=
re descendencia por parte del legislador de 1970. "Esta=
posibilidad supone un verdadero avance muy justificado =
porque si la adopción tiene hoy como finalidad fundamen=
tal dar al niño abandonado una familia idónea, y el depo

(34) BERCOVITZ, "Comentarios al Código civil" op. cit. =
pag. 332.

sitar afectos y garantizar la continuidad se convierte = en un simple móvil del adoptante sin descendencia, parece que el hecho de que el adoptante tenga ya hijos, habiéndose revelado como un buen educador, más que un obstáculo es una garantía de idoneidad para hacerse cargo = del que se pretende adoptar" (35)

Lo cierto es que con la supresión de la mencionada prohibición el legislador español se adelantó a los de otros países que como Italia o Francia, mantienen dicha prohibición.

En Italia el art. 291 del Codice civile, en su párrafo 1º establece: "La adopción está permitida a las personas que no tengan descendientes legítimos o legitimados, que hayan cumplido los treinta años...".

Por su parte el Code civil francés mantiene = una posición muy similar en el art. 345 bis: "Salvo dispensa del Presidente de la República, la adopción no está permitida más que en ausencia de descendientes legítimos. La existencia de otros hijos adoptados no es obstá-

(35) ROCA JUAN, Juan. "Sobre la nueva adopción" La Laguna, 1971 pag. 30.

culo para la adopción, como tampoco lo es tener uno o va
rios descendientes nacidos con posterioridad al acogimienu
to del o de los futuros adoptados en el hogar de los es-
posos".

Comentando la posibilidad que nuestro Código =
civil ofrece a quien ya tenga descendientes, hay quien =
entiende que el Código no es tajante "al dejar a la dis-
creción judicial la valoración de la conveniencia de la=
adopción y señalar que se tenga en cuenta las circunstanu
cias de cada caso, y muy especialmente si el adoptante =
tuviere hijos... Al considerar "muy especialmente" la =
existencia de descendientes para aprobar la adopción, pa
rece ponerse en duda el principio general de que pueden=
adoptar los que tengan descendientes" (36)

Ciertamente podría entenderse así, pero no hay
que olvidar que este dato lo valorará el Juez -sí, espe-
cialmente- pero dentro del análisis global que debe ha--
cer, como ya hemos indicado anteriormente, teniendo como
único fin la conveniencia del adoptado.

(36) VEGA SALA, Francisco. "La ley de 4 de julio de 1970
y las recientes reformas de la adopción en Francia,
Italia y Portugal". RGLJ, 1970. pag. 713

Hay algún autor que aludiendo al posible conflicto que puede plantear en una familia la llegada de un hijo adoptivo, justifica que se exigiese el asentimiento de los hijos del adoptante cuando éstos fuesen mayores de 14 años: "Cuando el adoptante tiene propios hijos, no cabe dudar que, en múltiples aspectos, inciden sobre éstos las consecuencias morales y materiales de la decisión paterna. Lo que justifica la prescripción de su asentimiento, por lo menos cuando sean mayores de 14 años y capaces" (37)

En este momento la intervención del Ministerio Fiscal adquiere un papel de gran importancia y así lo hizo notar la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1971 (38) estableciendo que la "obligación del Ministerio Fiscal, en su intervención requerida por la Ley, es velar para que el propósito legislativo inspirador de la reforma -facilitar y robustecer el vínculo adoptivo- se cumpla y no se desvirtúe, a cuyo fin, en su informe ha de valorar las diversas situaciones que puedan presentarse, y que hagan aconsejable su creación,

(37) ARCE Y FLOREZ-VALDES. "En torno al consentimiento para la adopción" op. cit. pags. 637 y 638.

(38) Rep. Aranzadi de Legislación, n° 1164, y BIMJ de 15 de junio de 1971.

y oponerse a ello cuando al amparo de estas facilidades se pretende, en fraude a la Ley, utilizar la institución como instrumento para otros fines".

Con referencia concreta a la existencia de hijos del adoptante, y aludiendo a las facultades discrecionales del Juez, sigue diciendo la Circular: "El Fiscal deberá hacer previa valoración de estos supuestos, para emitir su informe al Juzgado, pudiendo instar del mismo los antecedentes que estime necesarios; y deberá considerar siempre las alegaciones que sobre el caso hubieren = hecho los referidos hijos... a los que se refiere el precepto legal" (39).

Por último la Circular señala las normas que = el Fiscal deberá tener en cuenta en su informe: "Respecto al adoptante deben quedar de manifiesto su arraigo y la solvencia moral y económica... y si tiene hijos no debe olvidarse que si bien en el nuevo texto no figura entre las prohibiciones la de tener descendencia, se faculta al Juez y consiguientemente al Fiscal para que valore siempre la conveniencia para el adoptando como anteriormente se indicaba... En lo que se refiere al adoptando,

(39) N° 2 ap. A) párrafo 5° de la Circular.

la intervención del Ministerio Fiscal se concreta en la protección y amparo de los menores... y de modo especial cuando se trata de menores abandonados, que, además, en juicio carecen de toda otra representación legal. Por ello en los expedientes de adopción debe actuar como el más celoso defensor... y teniendo siempre en cuenta la conveniencia del adoptando" (40)

En el tema del posible conflicto entre descendientes del adoptante y el adoptando debería imponerse al Fiscal la necesidad de acudir a otras fuentes de información, quizá más imparciales, como pudieran ser otras personas afines a la familia. "Tal vez se echa de menos en este punto la existencia de un servicio social de los menores abandonados, a cuyo cargo quedaría la redacción de un informe previo sobre la conveniencia o no de la adopción que con posterioridad debería ser sometido a la consideración del Juez junto con el informe del Ministerio Fiscal" (41)

A pesar de ésto hay que señalar que el Juez no tiene por qué sentirse vinculado por las opiniones que =

(40) N° 5 apartados a) y b) de la Circular.

(41) REVERTE NAVARRO, op. cit. pag. 185.

la familia del adoptante pueda manifestar, aunque ciertamente deberá tenerlas en cuenta, pero teniendo únicamente como norte el interés del adoptado.

Creemos necesario hacer aquí referencia a la = idea de CARBONNIER (42) respecto a la moderna concepción de la familia: "... en la constitución de la familia el elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del elemento psicológico y afectivo... Hoy es = una idea muy extendida que la educación tiene vastas posibilidades y que, en todo caso pesa mucho más que la herencia en la formación del individuo. La familia no es = ya una invisible red tejida "iure sanguinis", sino que es un medio educativo, que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido".

B). CONVENIENCIA DE LA ADOPCION PARA EL ADOPTADO

El art. 173, in fine, establece que "el Juez, = aun cuando concurren todos los requisitos necesarios para la adopción, valorará siempre su conveniencia para el adoptado, conforme a las circunstancias de cada caso, y

(42) CARBONNIER, Jean. "Derecho flexible" Trad. esp. DIEZ PICAZO. Madrid, 1974, pags. 169 y 170.

muy especialmente si el adoptante tuviere hijos" (43)

Esta valoración, por parte del Juez, de la conveniencia de la adopción para el adoptado supone, aparte de la importante función discrecional que se le otorga, = que este dato debe ser considerado "en todo caso y bajo = cualquier circunstancia y predominando sobre todos los = requisitos necesarios incorporados a la norma entre los que se mueve la discrecionalidad" (44)

Ciertamente este dato a valorar por el Juez, = es en el que hoy se fundamenta -afortunadamente- toda la institución de la adopción. A él aludía la Exposición de Motivos de la Ley de 1970, al hacer referencia a los distintos consentimientos -concretamente al del cónyuge del adoptante y al de los padres del menor- "si la citación = del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse, o practicada, no concurriera, el Juez resolverá lo más = conveniente para el adoptando". Y continúa la Exposición de Motivos, en este caso respecto a las personas que solo deben ser oídas, "en tales casos el Juez tiene plenas

(43) El análisis del dato de la familia del adoptante ha sido ya hecho en el apartado anterior.

(44) REVERTE NAVARRO, Antonio. op. cit. pag. 180.

facultades para decidir no solo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurrieren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas, opuesto o desfavorable a la adopción".

El amplio margen de discrecionalidad que hay = que atribuirle al Juez es indudable porque "conveniente= a una persona puede resultarle la adopción fuera de sus propias funciones: como obtener ventajas fiscales en lo referente a la herencia de un extraño o de un pariente = y... que el riesgo de que la adopción sea instrumento de un excepcional fraude a la Ley no sea suficiente para an= teponerlo a la satisfacción del "clima afectivo del adop= tante", que es fin lícito y atendible... pues ya que, co= mo observa VISMARD, el Juez podrá valorar, además del po= sible móvil de la adopción, el conjunto de los hechos y circunstancias que la rodean" (45).

Para CASTRO LUCINI (46), la adopción debe proporcionar ventajas para el adoptando. El juicio acerca =

(45) ROCA JUAN, Juan "Sobre la nueva adopción", op. cit. pag. 36

(46) CASTRO LUCINI, Francisco. "Algunas consideraciones= críticas sobre los requisitos de la adopción: I El adoptante" ADC; 1966 (abril-junio) pag. 334.

de la existencia y valoración de tales requisitos corresponde hacerlo a los funcionarios que intervienen en el expediente y de modo principal al Juez, que al aprobar la adopción no es necesario que especifique si existen tales requisitos de modo concreto. Ahora bien, si el Juez estima que no concurren o son insuficientes y, por lo mismo, deniega la aprobación, habrá de hacerlo constar así mediante la correspondiente declaración, que es suficiente esté concebida en términos generales.

Algún autor ha apuntado como digno de destacar el refuerzo considerable del arbitrio judicial, pero puntualizando que esta orientación "no es más que una vuelta "reforzada" a la legislación del año 1889, pues el Código civil, en su art. 178, imponía que el Juez previas las diligencias que fueran necesarias aprobara la adopción, si está ajustada a la Ley y la cree conveniente al menor" (47)

No es nuestra legislación la única que exige como primordial este requisito, de conveniencia para el adoptado, antes al contrario, la mayoría de las legisla-

(47) CHICO ORTIZ, J.M. "La adopción y el Registro de la propiedad". RCDI Noviembre-diciembre 1970, pag. 1408

ciones europeas así lo hacen ya que la institución en la época actual -y a diferencia de los Códigos decimonónicos- tiene como fundamentación básica el interés del adoptado.

En Francia, el art. 353 Code civil en su párrafo 1º establece que "la adopción se pronuncia... por el Tribunal de Primera Instancia que verifica si se han cumplido las condiciones de la Ley y si la adopción está de acuerdo con el interés del niño". Esta consideración del interés del niño, se aprecia tanto respecto a él -en relación con su situación social y personalidad- como respecto al adoptante, procurando garantías materiales, morales y comportamiento personal. Esta verificación se deja, evidentemente, a la apreciación del Juez. Con independencia de estas condiciones, más bien de orden social, deberá verificar el resto de las condiciones jurídicas = relativas a las personas susceptibles de ser unidas por el vínculo adoptional (48).

El mismo art. 353 impone al Tribunal el deber de verificar si la adopción es conforme al interés del =

(48) RAYNAUD, Pierre et MARTY, Gabriel "Droit civil" T.I vol. 2º París, 1967 pag. 518

niño. No solo debe controlar la regularidad de la adopción pedida, sino también su oportunidad (49)

Por su parte el Codice civile establece en su art. 312: "El Tribunal, recogidas las oportunas informaciones, y oídos los padres del adoptante verifica: 1) si están cumplidas todas las condiciones de la ley; 2) si aquél que quiere adoptar tiene buena fama; 3) si la adopción conviene al adoptado".

La adopción se concederá únicamente -en Derecho italiano- si aparece dirigida a la protección del interés del menor. No podrá ser pronunciada sino con posterioridad a las diligencias judiciales tendentes a la investigación respecto al adoptando, al adoptante y a su familia. Estas investigaciones deberán recoger circunstancias tales como la personalidad, la salud la vida familiar del adoptante, su actitud para educar al menor y los motivos por los que quiere adoptar. También deberán ser requeridas las circunstancias relativas a la personalidad y a la salud del niño, sus antecedentes familiares y, si las circunstancias lo permiten, la opinión del ==

(49) NERSON; Roger "Jurisprudence française en matière de Droit civil" Revue Trimestrielle de Droit civil, 1974 pag. 793.

adoptando respecto a la nueva situación familiar que se perfila para él. Todas estas averiguaciones deberán ser llevadas a cabo por personas cualificadas por su preparación y experiencia en la materia, habilitadas para tal actividad por la autoridad judicial. Con independencia de estas investigaciones, la autoridad judicial competente para pronunciar la adopción tiene facultades para hacer las averiguaciones que estime convenientes referidas a circunstancias distintas a las que acabamos de enunciar (50).

La situación actual, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, se basa en que el menor es sujeto de derechos en el mismo plano que los adultos, por lo que la indefensión -en todos los sentidos- propia de su edad, necesita de una protección especial. Entre estos derechos necesitados de protección, se encuentra, como uno de los fundamentales, el derecho a una familia (51). Esta idea dió lugar en Italia -entre otros motivos- a la promulgación de la Ley sobre adopción especial (n. 431 =

(50) Vid. en este sentido LOJACONO, Vincenzo "Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione", Milano 1966 pags. 107 y ss.

(51) BAVIERA, Ignazio. "L'adozione speciale", Milano == 1982 2° ed. pags. 11 y ss.

de 1967). Los Tribunales italianos se hicieron eco de la necesidad de protección de los derechos del menor, en varias Sentencias, sobre todo en relación con la promulgación de la aludida Ley de adopción especial. Baste como ejemplo la cita de una Sentencia del Tribunal de menores de Ancona de 15 de junio de 1973, en la cual se afirmaba: "... Todo menor tiene derecho a ser educado, y serlo de tal modo que pueda desarrollar una personalidad completa y armoniosa, que actualice todas las potencialidades ya existentes en él... La Ley de adopción (se refiere a la de adopción especial) establece que el deber de educar.. compete en primer lugar por vía directa e inmediata, a los padres, legítimos o naturales, es decir a ambos, al hombre y a la mujer, legados al niño por la relación natural de procreación... Con este punto de partida, la normativa introducida por la ley n. 431, se dirige a garantizar el derecho del menor no solo a ser educado en sentido genérico, sino también a ser educado específicamente, en el seno de una familia, reconocida válida bajo un perfil educativo, y en la que estén presentes las figuras paterna y materna, y esto también en el caso de que los padres naturales no sean conocidos (sean por tanto inexistentes en sentido legal) o, conocidos no sean idóneos respecto a su deber de educar" (52)

(52) Cit. en BESSONE, Mario "Giurisprudenza dell'adozione" Milano, 1981 pags. 12 y ss.

Con referencia a este tema del interés del adoptado, la Convención de Estrasburgo en materia de adopción de menores (propuesta a la ratificación de los Países = miembros del Consejo de Europa el 24 de abril de 1967) = preveía una aplicación de la institución de la adopción= con las debidas garantías, y con el fin primordial de la tutela del interés del menor. (53)

El art. 8 de la Convención de Estrasburgo establece que la autoridad competente no podrá pronunciar la adopción, en tanto no haya adquirido el convencimiento = de que esté conforme con el interés del menor y sea idónea para garantizarle un núcleo familiar estable y armonioso. "El interés no se da solamente en las normas en = las que la Convención prevé que no se de una actividad = respecto a su aplicación, sino también, y con especial = énfasis, en aquellas que, por el contrario, conservan su propia eficacia... Resultan, en efecto, operantes algunas normas que prevén la adopción del menor solo en presencia de adecuadas garantías e indicando precisos criterios de valoración. A este respecto el art. 9 de la Convención prevé la necesidad de una investigación en rela-

(53) EBENE COBELLI, Cristina "Le adozioni" Padova, 1981. pag. 131.

ción a todas las circunstancias concretas, dando especial relieve a la efectiva oportunidad de la adopción" (54)

Ahora bien, cabe señalar que el Juez, a tenor de lo dispuesto en nuestro Ordenamiento jurídico, no == cuenta con los suficientes medios que le proporcionen = elementos de juicio (55) para decidir si una adopción es conveniente o no al adoptado.

Cuenta, si, con el consentimiento o asentimiento -depende de los casos- de las personas implicadas, directa o indirectamente, en la adopción, y con la inter--vención del Ministerio Fiscal, que emitirá su parecer favorable o desfavorable a la adopción. Sería deseable que el Juez contara, con personas calificadas por su preparación y experiencia en la materia, como señala algún = sector de la doctrina italiana (56)

Como ya se ha afirmado, en el expediente de = adopción el Juez valorará discrecionalmente la conveniencia

(54) Idem. pag. 130

(55) Vid. en este sentido con más amplitud BERCOVITZ "Comentarios..." op. cit. pags. 334 y ss.

(56) LOJACONO, Vincenzo, op. y loc. cit.

cia de la adopción recabando todo tipo de información == que crea conveniente. A este respecto se ha apuntado por algún autor (57) la ausencia en nuestro derecho de un = precepto similar al contemplado por el Codice civile ita liano en su art. 314/16, referido a la adopción especial (58) que impone la suspensión temporal de la patria po-- testad durante el tiempo que media entre la iniciación = del expediente adoptivo y su perfección. Aún a pesar de no estar contemplado este tema en nuestro Ordenamiento = jurídico, "el Juez competente para la aprobación del ex- pediente de adopción. en base a la discrecionalidad con- cedida, la cual llega al extremo de autorizarle incluso= para impedir la adopción en los casos en que pese a dar- se la concurrencia de todos los requisitos materiales y formales que se estiman necesarios para la perfección, = valore la misma como no conveniente para el menor, tiene facultades para confiar el cuidado del menor que va a = ser adoptado a persona por él designada y calificada co- mo idónea; y ello cuando aprecie la existencia de cir- -

(57) RODRIGUEZ CARRETERO "La persona adoptada" Madrid, = 1973 pag. 103

(58) Art. 314/16: "Durante el período de estado de adop- tabilidad se suspende el ejercicio de la patria po- testad. El Tribunal de menores nombra un tutor, en el supuesto de que ya no exista, y adopta las ulte- riores providencias en interés del menor"

cunstancias que hagan aconsejable el alejamiento de dicho menor de quien hasta el momento viene siendo titular de la patria potestad" (59)

Entendemos que cabe perfectamente esta posibilidad -privación de la patria potestad de quien hasta ese momento la estuviese ejerciendo, confiéndosela a los adoptantes, pero haciendo la salvedad de que este supuesto se dará siempre y cuando el Juez considere que se hace en interés del menor- y entendemos que cabe interpretando analógicamente el art. 170 del C.c., reformado por Ley 11/1981 de 13 de mayo, a cuyo tenor, "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial".

De otra parte este tema no supone ninguna novedad en la generalidad de las legislaciones extranjeras, donde esta posibilidad está concebida como uno de los re

(59) RODRIGUEZ CARRETERO, op. cit. pag. 104

quisitos de la adopción (60).

No obstante esto, creemos que la posibilidad = de suspensión de la patria potestad, debe hacerse con el consentimiento de las personas que la ejercen -siempre y cuando no estén incurso en el supuesto del art. 170 C.c.- y siempre en interés del adoptado, aunque entendamos que esta entrega del menor a los adoptantes previa a la aprobación judicial y durante la tramitación del expediente, siempre redundará en beneficio del futuro adoptado.

Algún autor ha entendido que a pesar de que el expediente de adopción es "un procedimiento inquisitorial en el que el Juez ha de valorar discrecionalmente la conveniencia de la adopción... y presupone siempre un cier-

(60) Codice civile italiano, en el art. 314/20 alude al = tema del affidamento preadottivo: "El Tribunal de = menores previa verificación de los requisitos del = art. 314/2, en el caso de más de una demanda debe = examinarlas comparativamente, en interés primordial del niño, oído el Ministerio público... y omitida = cualquier otra formalidad de procedimiento, dispone el affidamento preadottivo, y no determina la modalidad". Sobre este tema del affidamento, Vid. con = más amplitud este concepto, en el capítulo siguiente, nota 81.
El Code civil francés contempla un supuesto parecido en el art. 351,1, según el cual a los futuros = adoptantes se les entrega un niño para el que ha sido concedida la adopción, y en tanto ésta es definitiva. Vid. infra. cap. IV, n° 6,B.

to margen de arbitrio judicial... aquí el margen es excesivo" (61)

A este respecto debemos manifestar una cierta= discrepancia con esta última postura. Entendemos que no es que el margen dejado al arbitrio judicial sea excesivo, sino que es la única posibilidad que cabe tal y como está contemplada la adopción en el C.c., habida cuenta = que entendemos que es con la aprobación judicial cuando= la adopción nace a la vida jurídica. Distinto es que desearíamos que la autoridad judicial pudiese contar -aparte del informe del Ministerio Fiscal- con la colaboración -por ministerio de la Ley- de personas competentes= y especializadas en el tema, directamente habilitadas = por el Juez para esta labor de información y ayuda a que antes hemos aludido, lo que sin duda redundaría en beneficio de la institución y sobre todo del propio adoptado.

Indiscutiblemente es el interés del menor el = que "constituye la guía para resolver numerosos y delicados problemas de aplicación de la Ley". (62)

(61) BERCOVITZ "Comentarios..." op. cit. pags. 335 y 336

(62) FERRANDO, Gilda. "Diritti dei minori e "diritti" della famiglia di origini nella disciplina dell'adozione speciale" en Il diritto di famiglia e delle = persone, 1976, pag. 1505.

4.- VALOR DE LA INTERVENCION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Es, ciertamente, un tema polémico, ya que de su solución se colegirá cual es el momento en que la adopción nace a la vida jurídica. Por otra parte el valor que se da a la intervención de la autoridad judicial, está en íntima relación con el que se dé al otorgamiento de escritura pública. No vamos a reproducir aquí toda la polémica doctrinal en torno a este tema, por hacerlo ya en otro lugar de este trabajo (63); nos limitaremos a señalar aquella dirección doctrinal más acorde con nuestro personal punto de vista en este aspecto concreto.

Aunque parezca una afirmación quizá demasiado tajante y necesitada de matizaciones, entendemos que desde el momento en que el Juez dicta el Auto aprobando la adopción, ésta nace a la vida jurídica. Por tanto, la aprobación de la autoridad judicial es el acto constitutivo en la adopción.

Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 no logró aclarar en absoluto el estado de la

(63) En torno a la polémica doctrinal respecto al carácter tanto de la aprobación judicial como de la escritura pública, Vid. infra. cap. IV n° 4 y 5

cuestión, con aquella desafortunada frase: "consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo". A pesar de ésto nuestra postura se puede entender = válida a la luz de lo dispuesto por el Código civil en = el art. 173,1 "la adopción requiere la aprobación del = Juez competente...", pero sobre todo el último párrafo = de este mismo artículo -ya analizado- y a cuyo tenor es al Juez al único a quien compete determinar si procede o no la adopción: en definitiva aprobar o no la misma. En este artículo se contiene "la entrega al control judicial, tanto de la legalidad de la adopción -conurrencia de requisitos- como de su conveniencia para el adoptando" (64)

Estimamos con ROCA JUAN (65) que en nuestro Derecho la aprobación judicial la adopción no es un acto = de homologación del negocio de adopción ya realizado, si no un acto previo que, alexigir que el consentimiento = conste ya en el expediente, conduce a que no resulte fá-

(64) MARINO, Ruben de. "La capacidad adoptcional" ADC 1971 (julio-septiembre) pag. 906

(65) ROCA JUAN, Juan. "Sobre la nueva adopción" op. cit. pag. 40

cil distinguir el negocio (declaración de voluntad) y su aprobación, porque ésta precisa del consentimiento, sin perjuicio de que el Juez, al valorar la conveniencia para el adoptado pueda, aunque concurra el consentimiento, denegar la adopción. La trascendencia es que no puede = predicarse el nacimiento inmediato de la adopción del = consentimiento, que solo hace posible la aprobación judicial. Lo que se aprueba es el hecho de la adopción, y como los efectos generales se configuran en la Ley, sin = que puedan ser excluidos en la posterior escritura, y ha desaparecido el pacto sucesorio, parece que solo en la = adopción simple la escritura servirá para pactar lo referente a los apellidos del adoptando, y en gran medida la posterior escritura ha perdido su valor práctico. (66)

Hay que señalar como intermedia la postura de MANTECA ALONSO-CORTES (67), que considera con valor constitutivo al auto aprobando la adopción, pero no referido al negocio en general: "el auto aprobando la adopción = tiene, valor constitutivo, pero no de la relación adop--

(66) En el sentido de considerar como requisito constitutivo la aprobación judicial Vid. GARCIA CANTERO "El nuevo régimen de la adopción" op. cit. pag. 838. = Vid. notas 24, 25, 26 y 27 del Cap. IV.

(67) MANTECA ALONSO-CORTES "La adopción. Comentarios a = la Reforma de la Ley de 1970" RDN, 1971 abril-junio pags. 254 y ss.

cional, sino de: "concurriendo los requisitos necesarios, ésta es conveniente al adoptando" y, por lo tanto, puede establecerse la adopción mediante el correspondiente negocio. Es decir, declara la existencia de un requisito = esencial del negocio adopcional, cual es la causa... esta causa, en cierto modo compleja, tiene la gran especialidad de que solo cobra relevancia jurídica a través de una declaración judicial aprobando la adopción, y en este sentido es en el que el auto judicial es propiamente = constitutivo... es un requisito sine qua non para poder = celebrar el negocio jurídico... pero dado que no basta = por si solo para dar nacimiento a la adopción, mejor cabría hablar de un valor integrativo que constitutivo..."

Respecto a la consideración con valor constitutivo del Auto judicial, creemos que hay que hacer algunas puntualizaciones que avalen nuestra postura:

La primera surge con la cuestión que se plantea en el supuesto de muerte del adoptante posterior a la = aprobación judicial pero anterior al otorgamiento de escritura pública (68). Considerando como momento constitutivo de la adopción el Auto que la aprueba, entendemos =

(68) En este punto Vid. con más amplitud infra. Cap. IV nº 6.

que no habría ningún inconveniente para que se continuasen los trámites subsiguientes -escritura e inscripción- siendo éstos cumplidos por el cónyuge superstite -ya que estimamos que el supuesto de adopción por ambos cónyuges es el que tiene mayor viabilidad en orden a la admisión- de la adopción póstuma- y produciendo los efectos que correspondan en interés y beneficio del adoptado. De no entenderse así, se obtendría únicamente un grave perjuicio para el adoptado sin ninguna ventaja para un tercero.

La segunda hay que plantearla en relación con el otorgamiento de escritura pública. ¿Qué sucedería si las partes al acudir al Notario para otorgar la correspondiente escritura, estableciesen algún tipo de clausula nueva, que de haberla sometido al criterio de la autoridad judicial, ésta no la habría aprobado? Ciertamente= la escritura pública carece hoy de significado -al haber= se suprimido el pacto sucesorio- y queda reducida al pacto sobre apellidos en la adopción simple. Creemos, como= ya apuntamos más adelante, que sería deseable una reforma del Código civil en el sentido, no de suprimir el requisito de la escritura pública, sino de anteponerlo a = la intervención de la autoridad judicial para evitar problemas como el antes apuntado (69).

(69) Vid. infra. Cap. V.



La tercera, y como un argumento más en favor = del carácter constitutivo de la intervención de la autoridad judicial, se refiere -aunque con ella incurramos,= una vez más, en el vicio de la repetición- a la dicción= del propio Código civil. Al Juez es al único que le corresponde valorar la emisión de los respectivos consentimientos, e incluso puede prescindir de alguno de ellos = si cree que la adopción conviene al adoptado. El arbitrio concedido a la autoridad judicial es máximo, pudiendo rechazar la aprobación de una adopción aún en el caso de = concurrir "todos los requisitos legales". Es al Juez al único que corresponde aprobar o no una adopción y juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia de la misma.

Por todo ello estimamos que el Auto del Juez = tiene un valor constitutivo, máxime cuando hace surgir a la vida jurídica una situación que antes no existía.

I V

E S C R I T U R A P U B L I C A

C O M O

R E Q U I S I T O

D E L A

A D O P C I O N

C A P I T U L O I V
=====

ESCRITURA PUBLICA COMO REQUISITO DE LA ADOPCION

- 1.- Antecedentes históricos.
- 2.- Ley de 24 de abril de 1958.
- 3.- Ley de 4 de julio de 1970. Su Exposición de Motivos.
- 4.- Doctrina que defiende el carácter constitutivo de la escritura pública.
- 5.- Postura doctrinal que niega el valor constitutivo a la escritura pública.
 - A.- Autorización y aprobación.
 - B.- Esta discusión doctrinal no se da en otros Ordenamientos jurídicos.
- 6.- Adopción póstuma.
 - A.- Laguna legal en nuestro Ordenamiento.
 - B.- Tratamiento del tema en algunas legislaciones = europeas.
 - C.- Postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
 - D.- Reciente postura del Tribunal Supremo.
- 7.- Inscripción en el Registro civil
 - A.- Valor de la inscripción
 - B.- Publicidad de la inscripción.

Es el segundo -en el orden expositivo- de los requisitos a que hace referencia el art. 175 de nuestro Código civil y que ha suscitado viva polémica en la doctrina, no por la escritura pública en sí, sino por la de terminación del momento constitutivo, del momento de per fección de la adopción. Momento que llevará aparejado el comienzo de la producción de los efectos de la adopción misma.

Las discusiones de los autores se centran en = la aprobación judicial, ya vista, y en la escritura pública, excluyendo el considerar la inscripción en el Registro civil como requisito constitutivo (1), y concediéndole únicamente el carácter de publicidad que toda = inscripción en el Registro tiene (2).

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

Es cierto que el otorgamiento de escritura pública

(1) No considerada con este carácter en la Exposición de Motivos de la Ley de 1970, como luego veremos.

(2) Así CASTRO LUCINI "Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción: III, Forma o = procedimiento" A.D.C. 1970 abril-junio pag. 272, la considera "fase final o de publicidad". En el mismo sentido CHICO ORTIZ, J.M. "La adopción y el Registro de la propiedad" R.C.D.I. 1970, pag. 144.

blica en la adopción es una constante en nuestro Ordenamiento, bien que con matizaciones dignas de ser señaladas.

En las Partidas, al hacer referencia a la adopción de menores de siete años, y por si el adoptante muere antes que el adoptado haya cumplido los catorce, se exige que "tal recabdo como este deve ser dado por carta, que sea fecha por mano de algún Escribano público" (3). Pero es este el único caso que se encuentra de forma de otorgamiento en la que se requiera esta especie de documento público.

Dando un importante salto en el tiempo, el Proyecto de Código civil de 1851 exigía el requisito de la escritura en su art. 139 (4). A este respecto hay que hacer algunas puntualizaciones. En primer lugar, el Juez no tenía ningún tipo de intervención, dado que las partes, adoptante y adoptado, se presentaban al alcalde, prestando ante él los consentimientos. En segundo térmi-

(3) Partida IV, Título XVI, Ley IV.

(4) "La adopción ha de hacerse presentándose ante el Alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que, conforme al artículo anterior, deban prestar su consentimiento, y se consignará en la escritura pública"

no, estos consentimientos solo podían constar en la escritura pública, dado que la falta de intervención del Juez impedía que existiese un Auto donde pudiesen constar, y la sola presencia del alcalde no era suficiente para conferir un cierto formalismo al acto (5). Es conveniente hacer estas puntualizaciones porque hay algún autor que esgrime como argumentación para considerar la escritura pública como el acto constitutivo de la adopción, la tradición histórica que ha tenido en nuestro Derecho (6). Es cierto que ha tenido una tradición histórica, pero su otorgamiento no está exento de ciertas matizaciones y cambios dependiendo de cada momento histórico, y, sobre todo, legislativo.

Es en el Anteproyecto de Código Civil de 1882 1888, cuando aparece la figura del Juez, siendo ante él ante quien se deben prestar los distintos consentimientos, y una vez aprobada por él la adopción, otorgar la correspondiente escritura pública. Concretamente el art. 145 de dicho Anteproyecto establecía: "Aprobada la adop-

(5) En este sentido FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO "La adopción" ADC, 1971 pag. 762

(6) Se puede entender que así lo hace aunque no lo diga de forma explícita PIÑAR LOPEZ, Blas "La adopción y sus problemas jurídicos" AAMN, 1954, T. VIII, pags. 154 y ss.

ción por el Juez definitivamente, se otorgará la excritu
ra en que consten las condiciones en que haya tenido lu-
gar, y se inscribirá en el Registro civil correspondien-
te" (7).

La redacción del Código civil de 1889 es muy =
similar a esta del Anteproyecto. Era en el art. 179 don-
de se daba un tratamiento muy parecido al otorgamiento =
de escritura pública, que debía otorgarse una vez aproba-
da definitivamente la adopción por el Juez (8). No obs-
tante existía una cierta contradicción entre este precep-
to y el anterior, el 178, ya que en este último se habla-
ba de autorización judicial, en contra del término apro-
bación a que aludía el art. 179. Discrepancias terminoló-
gicas, que se volvieron a plantear con la nueva redacción
dada al C.c. en esta materia por la ley 7/1970 de 4 de =
julio, y que suscitaron diversas opiniones en la doctri-
na, que más adelante veremos.

(7) Concordancias y comentarios a este Anteproyecto vid.
PENA BERNALDO DE QUIROS, Manuel "El Anteproyecto de
Código civil español (1882-1888)" en el Centenario =
de la Ley del Notariado, Ed. Reus, Madrid 1965.

(8) Art. 179 del Código civil de 1889: "Aprobada la adop-
ción por el Juez definitivamente, se otorgará escri-
tura expresando en ella las condiciones con que se =
haya hecho, y se inscribirá en el Registro civil co-
rrespondiente".

2.- LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958

Con la reforma del Código civil por Ley de 24 de abril de 1958, se suscita de nuevo el tema -quizá más seriamente porque los planteamientos tanto legislativos como doctrinales son distintos- de cual sea el momento constitutivo dentro del negocio de adopción; cual sea el acto a partir del cual aquélla comienza a producir efectos.

Entendemos que la discusión doctrinal se plantea no exenta de importantes y valiosas fundamentaciones, por parte de ambas posturas, sobre todo por los defectos de que adelece y adolece la regulación de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico, y entre ellos podríamos destacar, en primer lugar la duplicidad de intervenciones de funcionarios públicos, notario y Juez teniendo además que ser la actuación de este último, la primera en el orden cronológico. En segundo lugar hay que destacar la variedad legislativa que concurre en la adopción; junto a preceptos recogidos en el Código civil hay otros que lo están en la Ley de Enjuiciamiento civil, y otros por fin, en el Reglamento Notarial, no estando, por añadidura, claramente delimitadas las funciones y solapando normas procesales a normas civiles, cuando no contradiciéndose, al menos en la forma -sería discutible si tam

bién en el fondo- (9).

La Ley de 1958 reproduce literalmente el art.= 179 del Código civil de 1889, pero situándolo en el art. 177. Sigue manteniéndose la contradicción entre este precepto y el 176 que habla de autorizar la adopción en contra del término aprobar que emplea el art. 177. La contradicción terminológica se hace más patente al poner es tos preceptos en relación con el art. 1831 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que alude nuevamente a la autorización y licencia judicial (10).

La frase "expresando en ella las condiciones = con que se haya hecho", hay que entender que significa = -en el momento legislativo a que aludimos, 1958- a los = pactos sucesorios y a aquellos sobre régimen de apellidos como así lo establecían los arts. 174 en su párrafo= 3º, y 180, 3º, respectivamente.

(9) CASTRO LUCINI, op. cit. pag. 281

(10) Art. 1831 LEC: "Si el Juez estimare que procede la adopción según derecho y que es útil al adoptando,= concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura".

3.- LEY DE 4 DE JULIO DE 1970 SU EXPOSICION DE MOTIVOS.

Lamentablemente la Ley de 1970 no supuso una =
reforma en profundidad de la adopción, no ajustándose a
la evolución más reciente de los Derechos europeos. Hubo
avances importantes, y hubo, eso sí, buenas intenciones=
como lo demuestra algún párrafo de su Exposición de Moti
vos: "La ley persigue facilitar y robustecer el vínculo=
adoptivo... ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mu
tación de rumbo como en la continuada y progresiva aper
tura de derroteros ya esbozados". El legislador tuvo una
oportunidad, quizá única, para agilizar los trámites de la =
adopción, evitando lentos procesos que únicamente redun
dan en perjuicio de la institución y sobre todo de la =
persona en favor de la cual van encaminados todos los =
trámites: el adoptado. Ciertamente el legislador no supo
o no pudo aprovechar la oportunidad, y aunque el articulado=
del Código civil referente a este tema fué reformado, =
(Art. 173, 1: "La adopción requiere la aprobación del =
Juez competente con intervención del Ministerio Fiscal".
Art. 175, 1: "Aprobada judicialmente la adopción, se ==
otorgará escritura pública que se inscribirá en el Regis
tro civil correspondiente".) la Exposición de Motivos no
aclaró, sino todo lo contrario, el tema. Hay una frase =
en la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 que ha ser
vido, en buena medida, de argumentación, como luego se =
verá, para aquél sector doctrinal que entiende que la es

critura pública es el momento constitutivo del acto de =
adopción: "No se han introducido modificaciones sustan--
ciales en la consideración de la adopción como un acto,=
a la vez consensual y formal, que requiere indispensable
mente el concurso de la voluntad, la autorización judi-
cial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello =
con igual valor constitutivo". (11).

Lamentablemente al reformar los preceptos del
Código civil en materia de adopción no se reformaron los
concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, existien-
do notables discrepancias, dada la fecha de publicación
de la LEC, anterior al Código civil, y dando lugar en al-
gunos casos a entender derogados, algunos preceptos de =
la misma (12), y en otros intentar una, siempre difícil,
acomodación a los preceptos reformados del Código civil.

4.- DOCTRINA QUE DEFIENDE EL CARACTER CONSTITUTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA

Esta polémica se plantea en nuestra doctrina =

(11) Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 1970 pag.
1123.

(12) Ya hemos aludido al tema al tratar del procedimien-
to de jurisdicción voluntaria.

por razones ya apuntadas, tales como la duplicidad de ==
funcionarios intervinientes en la adopción, y las discrep
pancias terminológicas entre unos y otros preceptos aplic
cables.

En cuanto a la primera razón, antes señalada,=
no es en España el único país en el que existe esta du--
plicidad; la hay en todos aquellos regímenes jurídicos =
que se rigen por un sistema mixto -intervención adminis-
trativa y judicial- pero con la particularidad de que en
otros Ordenamientos jurídicos es la autoridad judicial =
la última en actuar, y en definitiva la que decide. Es =
el sistema de la homologación judicial. Se redacta el acta
ta de adopción y es el Juez quien la aprueba o no, sin =
tener, en la inmensa mayoría de los casos, que existir =
motivación al respecto. Este supuesto se da con alguna =
pequeña variación en las legislaciones de Francia, Bélgia
ca, Suiza, Luxemburgo, Austria y Alemania.

El supuesto igual al contemplado en España se=
da -con pequeñas variaciones únicamente en algunos paí--
ses de América Central y del Sur, como Méjico, El Salva-
dor, Panamá, Perú, Colombia, Chile, con la particulari--
dad de que sus respectivos Códigos civiles están directa
mente inspirados en el español.

Volviendo al hilo central del tema y con los =

antecedentes legislativos ya expuestos, hay una mayoría de la doctrina española que entiende que el otorgamiento de la escritura pública tiene un carácter esencial, un = valor constitutivo, no siendo solo un mero requisito de eficacia o con valor publicitario.

A este respecto afirma CASTRO LUCINI (13), que el valor de la resolución judicial aprobando el expediente o autorizando la adopción no es constitutivo. El auto judicial no crea el vínculo adoptivo. Este no nace hasta el otorgamiento de la escritura pública. Consiguientemente es posible el desistimiento de los interesados antes de dicho otorgamiento y ello no supone revocación de la adopción, pues solo puede revocarse lo que se ha efectuado. Que el acto judicial no crea el vínculo adoptivo, si que diciendo, se desprende sin gran esfuerzo de los mismos textos legales: "La adopción se autorizará previo expediente" (art. 176,1 C.c.); el expediente se elevará = al juez... "quien lo aprobará o señalará las causas que lo impidan" (art. 176,2 C.c.); "aprobada definitivamente la adopción por el juez..." (art. 177 C.c.); el juez concederá la autorización y licencia judicial para que = se lleve a efecto..." (art. 1831 LEC). Luego si ha de =

(13) CASTRO LUCINI, op. cit. pag. 288.

llevarse a efecto la adopción es que aún no se ha celebrado. Tampoco tiene la resolución judicial valor declarativo, reconociendo la existencia de una adopción preexistente, a diferencia de otros sistemas en que la escritura precede a la intervención judicial.

En el mismo sentido se pronuncia PIÑAR LOPEZ = (14), al decir que la escritura pública "tiene en este = caso valor ab sustantiam y por consiguiente no puede decirse que el vínculo de la filiación adoptiva haya surgido en tanto que dicha escritura no haya sido otorgada. = La adopción es un negocio complejo que no se perfecciona mientras no concurren los hechos jurídicos que lo integran, el último de los cuales consiste precisamente en = el otorgamiento de dicha escritura. El consentimiento = inicial no tiene eficacia constitutiva y es tan solo == prueba de una simple, necesaria y concorde pretensión procesal en el inicio del expediente, sobre cuya base el = Juez, en acto de jurisdicción voluntaria, pronuncia un = nihil obstat, que no perfecciona ni constituye el acto, = y que implica tan solo una declaración pública y fehaciente formulada por un órgano judicial del Estado que, = en el ejercicio de una actividad administrativa manifiesta

(14) PIÑAR LOPEZ, op. cit. pag. 156.

ta que la "adopción está ajustada a la ley y es conveniente al adoptado". Aprobada la adopción la escritura pública recoge el único consentimiento de eficacia creadora y fija de manera terminante la nueva situación jurídica derivada del vínculo civil que se establece entre las partes. De ningún modo puede considerarse que la aprobación judicial constituye o perfecciona la adopción".

DE LA VALLINA (15) es tajante al afirmar que = el acto constitutivo de la adopción viene determinado = por la escritura pública que recoge los respectivos consentimientos y es el momento del otorgamiento de la misma cuando la adopción es perfecta y comienza a desplegar sus efectos.

Sin llegar a calificar de constitutivo el requisito de la escritura pública -aunque se podría pensar que lo hace, con una interpretación "a sensu contrario"= ya que niega tal carácter a la resolución judicial- algún autor sí hace resaltar la importancia que a su juicio tiene al afirmar que "se plantea en la doctrina el = problema de precisar cual es el momento decisivo en la =

(15) VALLINA DIAZ, Alejandro de la, "Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción" RDP, 1969, junio, pag. 454.

adopción; el acuerdo de voluntades o la aprobación judicial... En nuestro Derecho la resolución judicial no tiene una naturaleza tan constitutiva como en otros Derechos, pues que el juez se limita a hacer constar que se han cumplido las formalidades legales y que la adopción es conveniente para el menor. Por eso entendemos que siendo todo el proceso trascendente, es, sin embargo, la formalización de la escritura la base de mayor enjundia de la adopción" (16).

Hay que hacer notar que la opinión de estos autores a que he hecho referencia, como muestra de una tendencia muy extendida en nuestra doctrina, es anterior a la reforma del Código civil de 1970. Basan sus argumentaciones en la redacción del Código civil reformada en 1958. Con aquella redacción entendemos que no era difícil mantener esta postura y ello en base simplemente a la dicción del propio Código civil que en su art. 176 hablaba de que se autorizará", y en el 177 aludía a que en la escritura se harán constar las "condiciones con que se haya hecho".

De la lectura del Código civil y la LEC se ex-

(16) PUIG PEÑA. "Las situaciones finales en la adopción" RDF 1948 pag. 1047 nota 5.

traía la conclusión de que era ante el notario ante quien se perfeccionaba la adopción y es posible que esa fuese la intención del legislador situándonos así en un plano de total diferenciación respecto al resto de los Ordenamientos jurídicos (17).

Pero después de la reforma del Código civil de 1970 buena parte de la doctrina seguía opinando que el momento verdaderamente constitutivo de la adopción era el del otorgamiento de escritura pública. Con la nueva redacción ya encontramos la postura menos defendible -como más adelante apuntaremos- pero estaba apoyada por la ya mencionada Exposición de Motivos de la ley y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con posterioridad a la reforma la doctrina que sigue manteniendo esta postura hace suyas las argumentaciones esgrimidas por los autores antes citados entendiéndose que la nueva legislación permite utilizar favorablemente esos argumentos.

(17) Solo Guatemala en el Código civil en el art. 239. =
"La adopción se establece por escritura pública, =
previa aprobación de las diligencias respectivas =
por el Juez de Primera Instancia competente".

Así CHICO ORTIZ entiende (18) que "la idea de la escritura pública al ser exigida por el legislador so lo puede tener por objeto dos finalidades: o ser forma = constitutiva de la adopción o servir de vehículo para lo grar la inscripción en el Registro civil, al estilo del = Registro de la Propiedad. Esta segunda finalidad debemos descartarla, ya que, conforme al art. 23 de la ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro civil, las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o por de claración en los casos señalados por la ley. Todos sabemos que el testimonio judicial del auto con el que acaba el procedimiento de jurisdicción voluntaria de la adop-- ción es documento auténtico y, por ello, no cabe pensar = que el legislador haya querido añadir un nuevo documento auténtico sino dar a la escritura pública otro rango y = carácter". Entiende este mismo autor que la referencia = del preámbulo de la ley de 1970 a la voluntad de las par tes, autorización judicial y otorgamiento de escritura = pública", todo con igual valor constitutivo, significa = que la escritura pública es el último momento de un acto en el que todas sus fases son constitutivas (19).

(18) Así CHICO ORTIZ, "La adopción y el Registro de la = Propiedad" op. cit. pag. 1437.

(19) Idem. pag. 1438, nota 51.

Hay algún autor que llega incluso a otorgar a la aprobación judicial únicamente la categoría de requisito previo al negocio jurídico de adopción que se perfecciona mediante escritura pública, afirmando que "la = adopción en nuestro Ordenamiento jurídico es un negocio de derecho privado que los interesados llevan a cabo por sí mismos si bien con la necesaria y previa autorización judicial... En el expediente judicial las partes no llevan a cabo el negocio de adopción, ni declaran su voluntad de adoptar y ser adoptado actual, sino de querer llevar a cabo una futura adopción, para la que se solicita la aprobación... En todo caso una vez terminado el expediente con la aprobación, por haberse comprobado que concurren todos los requisitos y que es conveniente al adoptando, habría que celebrar el negocio jurídico que establecerá el vínculo, y en el que se declarará la voluntad efectiva de constituirlo. Y si esto es así, y puestos a buscar forma propiamente dicha para el negocio adoptacional, no cabe duda de que la más apta y conforme a su función específica es la notarial" (20).

(20) MANTECA ALONSO-CORTES, "La adopción" RDN 1971, pag.= 259.

5.- POSTURA DOCTRINAL QUE NIEGA EL VALOR CONSTITUTIVO A LA ESCRITURA PÚBLICA

A pesar de estas argumentaciones jurídicas no falta otro sector doctrinal que estima (que) el momento constitutivo de la adopción reside en la aprobación judicial. E incluso hay algunos que llegan más allá; dado = que entienden que a tenor de la normativa vigente ésta = exige el otorgamiento de escritura pública con posterioridad a la aprobación judicial, proponen de lege ferenda la supresión de la escritura pública.

Esta última tendencia nos parece hasta cierto punto, aceptable. No ocultamos que nuestra postura es favorable a considerar como momento constitutivo de la == adopción la aprobación judicial -con las argumentaciones y salvedades que más adelante señalaremos- pero quizá = fuera, a nuestro juicio, más coherente proponer una re-- forma de los requisitos de la adopción la cual comprenda una cierta supresión o modificación del requisito de la= escritura, en el sentido de anteponer el otorgamiento de la misma a la aprobación judicial.

Respecto a la no necesidad de escritura públi-

ca, GOMEZ DE LIAÑO (21) considera excesiva la intervención del Juez y además la del Notario. "Bastaría la primera para dar suficientes garantías al acto. Además la presencia del fedatario judicial -Secretario- y los documentos públicos que se extienden en la actuación judicial los estimamos más que suficientes para dar constancia del acto de constitución y aprobación y un testimonio del mismo sería base suficiente para la inscripción ulterior en el Registro civil". En base a esta absurda duplicidad de funcionarios, el citado autor propone la supresión de una de las intervenciones: "No comprendemos por qué no se ha aprovechado la reciente reforma para eliminar formalismos, suprimiéndose una de las dos intervenciones de funcionarios públicos en su constitución. Bastaría la intervención judicial como ocurre en algunos países. Con ello se evitarían gastos y molestias".

Los razonamientos jurídicos empleados para demostrar que el momento constitutivo de la adopción es de la aprobación judicial son, en casi todos los supuestos, intachables, haciendo notar que han sido expuestos en su mayoría, con posterioridad a la reforma del Código civil

(21) GOMEZ DE LIAÑO.- "Los hijos ilegítimos y adoptivos" Ed. Montecorvo. Madrid, 1972. pags. 124 y 172 respectivamente.

de 1970, de ahí que hayamos afirmado (22) que considerar la escritura pública como requisito constitutivo de la = adopción era, hasta cierto punto defendible, con la re-- dacción dada al Código civil por la Ley de 1958, su man- tenimiento era, a nuestro juicio, bastante difícil con = la reforma del Código civil de 1970.

No ocultan los defensores de la postura que es- tamos tratando, que el tema sea polémico, quizá agudiza- do por la tan traída y llevada Exposición de Motivos de la Ley de 1970 que concede a la autorización judicial y= al otorgamiento de escritura pública el mismo valor cons- titutivo. Exposición de Motivos que, aun no siendo vincu- lante para el interprete y carecer de valor normativo, = es base fundamental de muchas argumentaciones para enten- der que el momento constitutivo de la adopción es el del otorgamiento de escritura pública.

Respecto a dicha Exposición de Motivos entende- mos que hay que hacer una aclaración, ya que con relati- va frecuencia se olvida que el texto publicado correspon- de al Anteproyecto de la Ley de reforma sobre adopción = enviado por el Gobierno a las Cortes. La Comisión de Jus-

(22) Vid. supra nº anterior

ticia introdujo innovaciones en este Anteproyecto dejando inalterable la Exposición de Motivos, de lo cual se deduce que ésta estará en numerosos puntos desconectada del texto vigente. Como muestra de las reformas introducidas, dicha Comisión de Justicia modificó el término "autorización de la adopción por el Juez" (23) por el de "aprobación" y hay que pensar que se quiso hacer referencia a algo más que una simple corrección gramatical (24)

Hay que hacer notar -aunque con ello incurramos en el defecto de la repetición- que con el texto vigente es perfectamente defendible y argumentable la perfección de la adopción mediante la aprobación judicial y no por la escritura pública. Existen, por lo menos, tantos argumentos a favor del carácter constitutivo de la escritura pública como de la tesis contraria: el carácter constitutivo de la aprobación judicial.

Las argumentaciones de los defensores de la =

(23) Sobre los posibles significados de los términos "autorización" y "aprobación" nos ocuparemos en el número siguiente.

(24) En este sentido RODRIGUEZ CARRETERO, "La persona adoptada" (Examen de su condición jurídica después de la Ley 4/1970 de 4 de julio). Ed. Montecorvo. Madrid, 1973 pag. 103.

aprobación judicial como momento constitutivo de la adopción se basan fundamentalmente en la innecesaria duplicidad de funcionarios públicos, la no aportación de ningún elemento de novedad o interés para las partes por la escritura pública, y posibilidad de existencia de pactos = en el momento de otorgar la escritura pública, que de haber sido presentada a la autoridad judicial, ésta no los habría aprobado.

Así BERCOVITZ (25), entiende que la escritura pública presenta múltiples inconvenientes:

- a) Mayor lentitud del procedimiento
- b) Aumento de los costes
- c) Posible falta de seriedad y de responsabilidad = de los interesados que promueven el procedimiento judicial.
- d) Ocupación de los órganos judiciales con procedimientos que pueden resultar inútiles si, recaído el auto aprobatorio, no se otorga la escritura = pública.

(25) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO; Rodrigo. "Comentarios al Código civil y compilaciones forales" T. III. Ed. = Edessa, Madrid, 1982 pag. 357.

- e) Posible tendencia a descuidar el contenido de =
los Autos de aprobación de adopciones simples en
la determinación de los apellidos del adoptado.

Incluso antes de la reforma de 1970 algún autor
(26) entendía que en los negocios de derecho de familia,
y concretamente en la adopción, la intervención del Juez
reviste carácter constitutivo para la perfección del ne-
gocio, pues teniendo en cuenta la estructura contractual
de nuestro Código civil, y las características específi-
cas de que está investido el Derecho de familia, por su
trascendencia social, la presencia del Juez en estos ac-
tos jurídicos no puede ser un mero trámite administrati-
vo, teniendo en cuenta su carácter de Órgano del Estado,
y precisamente lo que se le encomienda en cada caso con-
creto es comprobar su conveniencia para el adoptando, la
estimación de que procede según Derecho y es útil para =
aquél.

Ya con anterioridad a la reforma de 1970 se =
proponía la desaparición de la escritura pública, criti-

(26) RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, "La adopción y sus pro-
blemas jurídicos a la luz de la concepción comunita-
ria del Derecho". RGLJ, 1950 pags. 89 y sigs.

cando la exigencia del otorgamiento de la misma (27), y al hacer referencia a los requisitos exigidos por el Código con posterioridad a la aprobación judicial, se afirmaba que "el primero de estos requisitos es pues la escritura de adopción y nadie, salvo exageraciones partidistas, podrá alabar el que haya sido conservado en la nueva redacción en contra de lo cual existen poderosas razones. Si pasamos a estudiar la finalidad que se pretende con este requisito, llegaremos a la misma conclusión respecto a su inutilidad. Esta finalidad no podrá ser la de su publicidad, ya que a ella se refiere otro de los requisitos, y, principalmente, porque el protocolo notarial está regulado bajo un criterio que precisamente es opuesto al de la publicidad. Tampoco puede estimarse como finalidad la de recoger en la escritura la parte contractual que pueda existir en las adopciones, no porque opinemos que ésta no es un contrato, sino porque aún siguiendo esa opinión contractual continuaría sin ser necesaria la escritura".

Si estas argumentaciones se hacían vigentes la primitiva redacción del Código civil, con más razón se =

(27) CAMY SANCHEZ CANETE. "La adopción y figuras similares" RCDI, 1959 pags. 73 y sigs.

podrán hacer con la redacción actual, ya que el legislador, queriéndolo o no, ha permitido un mayor margen para la defensa de la teoría a que aludimos.

GARCIA CANTERO entiende que "la nueva ley ofrece base para considerar como momento perfectivo del negocio de adopción el de la aprobación judicial después del intercambio de consentimientos entre el adoptante y el adoptado. El párrafo final del art. 173 (28) prevé el supuesto de que "concurran todos los requisitos necesarios para la adopción", frase un tanto incorrecta que hay que interpretar en el sentido de que es necesaria, además, la aprobación judicial por ser conveniente al adoptado, pero que revela el pensamiento del legislador de no ser la escritura pública un requisito ad substantiam, pues en otro caso hubiera hecho alguna alusión al mismo" (29). Este es uno de los autores que de lege ferenda propone la supresión del requisito de la escritura pública, aunque entiende que dada su exigencia en la ley se puede considerar como requisito documentador que facilita la inscripción de la adopción en el Registro civil.

(28) Vigente en la actualidad.

(29) GARCIA CANTERO "El nuevo régimen de la adopción" = ADC 1971 p. 838

Nos parecen importantes las argumentaciones ==
-bien que de manera esquemática- hace RODRIGUEZ CARRETE-
RO (30) en apoyo de esta teoría, al entender que no es =
tan fácil, como algunos pretenden, afirmar de forma ta--
jante que sea la escritura pública el requisito constitutivo
de la adopción, ya que sostiene, obviamente, que no
lo es. Basa su postura en los siguientes puntos:

1º) La adopción comporta una modificación del= estado civil de tal importancia que, al igual que en == otros supuestos de análogo significado (nulidad o separación del matrimonio) exige una intervención judicial, la cual, se concreta en una resolución de naturaleza simi-- lar a las sentencias constitutivas del estado civil.

2º) Es posible imaginar para el supuesto de la adopción simple, algún caso en el que el contenido típi- co de la escritura pública quede reducido a la simple ra tificación de los consentimientos exigibles para la per- fección del negocio, desaparecido del derecho vigente el pacto sucesorio, y expresamente autorizada la falta de = pacto en orden al uso y atribución de apellidos al adop- tado.

(30) RODRIGUEZ CARRETERO, op. cit. pags. 101 y sigs.

3º) La extinción de la adopción exclusivamente se alcanza por vía de sentencia judicial firme y afirmativa, sin más requisitos.

4º) La interpretación gramatical del art. 176= del Código civil, en cuanto constata la exigencia de la escritura pública y la inscripción en el Registro civil= en un mismo tiempo verbal: "Otorgará... inscribirá", lo que en pura lógica interpretativa nos llevaría a exigir= con idéntico carácter constitutivo el último de los re--quisitos apuntados, siendo así que la doctrina, con rara unanimidad, le niega tal carácter.

Para algún otro autor (31) aunque es la aprobación del Juez competente el requisito constitutivo de la adopción, surgiendo a la vida del derecho en general y = al de familia en particular a partir de ese momento, no= produce desde él la plenitud de sus efectos. Entiende = que la escritura pública carece de contenido verdadero,= en cuanto los derechos de los adoptados y adoptantes vienen específicamente determinados en la propia ley, aun--que la exigencia de su otorgamiento ayuda a tipificar la

(31) FERNANDEZ MARTIN GRANIZO "La adopción" ADC 1971, = pags. 685 y ss.

adopción como negocio jurídico formal. Estima que el requisito de la escritura no tiene hoy otra razón de ser,= que un mal entendido respecto a una parte de nuestro Derecho histórico, y sobre todo, de la redacción originaria del Código civil, respetada con cierto fundamento = por la reforma de 1958, pero sin ninguna motivación sólida en la actual. Otorga al requisito de la escritura el valor publicitario a la vez que probatorio del estado civil, "en cuanto al amparo de lo dispuesto en el art. 175, 1 es la escritura y no la resolución del Juez aprobando= la adopción la que debe inscribirse. Dirige un reproche= a la subsistencia de dicho requisito, incluso bajo su caracter meramente publicitario y ad probationem, en cuanto ello podría haberse logrado igualmente, imponiendo la inscripción de la resolución judicial aprobando la adopción en el Registro del Estado civil. Propugna, por último la eliminación del requisito de la escritura, y su = sustitución por la inscripción de la resolución judicial aprobatoria de la adopción, debiéndose contener en dicha resolución todos los datos y alcance de la adopción, incluido el posible pacto sobre apellidos en el caso de la adopción simple.

En el tema referente a la duplicidad de funcionarios que concurren para la formación de la adopción = "resulta un auténtico contrasentido que al existir una = doble intervención en el complejo proceso de formación =

del vínculo adoptivo, del Juez y del Notario, precisamente se sitúen los efectos constitutivos en la actuación = de éste último, cuando por razones obvias, es al órgano = jurisdiccional investido de poderes por el Estado para = crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, al = que razonablemente se le debe atribuir esta función en = cuanto que es un órgano investido de la jurisdicción, y no al Notario con función puramente autenticadora o de = mera documentación del acto... El propio examen de nuestra legislación positiva nos lleva de la mano a la misma conclusión; no hay más que echar un vistazo a los expedientes de jurisdicción voluntaria que nuestra LEC contempla en su libro III; y si con una interpretación sistemática examinamos aquellos procedimientos, y fundamentalmente las resoluciones en que desembocan los que en = mayor o menor medida, igual que ocurre con la adopción, = hacer referencia al Derecho de familia, observaremos que todos ellos suponen un cambio en el estado o situación = jurídica afectada; creando, modificando o extinguendo = situaciones o relaciones jurídicas, como las resoluciones que ponen término a los procedimientos sobre nombramiento de tutores, declaración de ausencia... y de manera muy especial la resolución aprobando la adopción, por cuya virtud surge con carácter necesario y ex novo para = el mundo del derecho una situación jurídica que antes no

existía" (32).

Esta última argumentación nos parece rotunda.=
Si el auto judicial aprobatorio de la adopción es el que
hace surgir una situación jurídica que con anterioridad=
a él no existía, ¿por qué negar a ese Auto el valor cons=
titutivo que evidentemente tiene y entender que el único
momento constitutivo es el del otorgamiento de la escri=
tura pública?

Hay quien ha entendido necesaria la interven--
ción del Notario, y el carácter constitutivo de la misma
en base a que con posterioridad a la aprobación judicial,
en el tiempo que media hasta el otorgamiento de escritu=
ra pública las partes -adoptante y adoptado- tienen un =
nuevo periodo de reflexión, para decidir si están confor=
mes o no con la adopción. A esta argumentación cabe res=
ponder que este nuevo período de reflexión no tiene base
ni fundamentación ninguna dado que las partes han tenido
tiempo suficiente de decidirse tanto antes de poner en =
marcha el procedimiento judicial como durante el mismo.=
Y además si se estima necesario este segundo plazo de re

(32) CIMA GARCIA. "Finalidad constitutiva del auto apro=
bando la adopción" Rev. de Derecho Procesal Iberoa=
mericana, 1970 pag. 413 y ss.

flexión, ¿por qué no un tercero también que podría extenderse, por ejemplo, hasta la inscripción en el Registro civil? Lo cierto es que este plazo de reflexión al no ir unido a la concurrencia de ninguna otra circunstancia = -como podría ser la convivencia entre adoptante y adoptado al estilo de lo que establece el Code civil (33)- no aporta nada nuevo (34).

Incidiendo, de cierta manera, en este mismo tema -el de la duplicidad de funcionarios públicos- CIMA = GARCIA (35) entiende que "el Auto del Juez aprobando la adopción posee una finalidad y un contenido constitutivo y a ese momento se han de anudar los efectos esenciales de la misma, y la escritura Notarial y la inscripción en el Registro civil posteriores, son propiamente efectos = secundarios, reflejos o determinativos del nuevo vínculo o estado jurídico establecido, con relación a los cuales la resolución judicial opera como un hecho jurídico, == efectos reflejos que atienden, el primero al aspecto for

(33) Arts. 351 y 352 del Code civil. Mantenemos el término placement en vue de l'adoption por no encontrar un término en castellano que lo defina; supone un periodo de prueba en relación con la adopción plena.

(34) Así BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO "Comentarios..." op. = cit. pag. 357

(35) CIMA GARCIA, op. cit. pag. 420.

mal de la documentación y autenticación del acto y el segundo a la mera publicidad del mismo.

Es curioso hacer notar, y con relación a "de--terminadas instituciones jurídicas que implican un con--cierto o acuerdo previo de voluntades y en las que la = forma parece ser consustancial a su existencia (la adop--ción, el compromiso...) nuestro legislador acude con re--lativa frecuencia a esa duplicidad de dos funcionarios,= el Juez y el Notario, que en muchas de ellas no es esen--cialmente necesaria la segunda, pues la intervención en orden a documentar toda la actuación judicial, radica = dentro del propio Órgano jurisdiccional, en un funciona--rio cual es el Secretario, depositario de la fé pública= y con facultad propia de documentación; de tal suerte = que sus testimonios y certificaciones y la autenticación con su firma cumple a las mil maravillas esta finalidad= formal" (36).

En definitiva la escritura otorgada ante Nota--rio no debe introducir ninguna especificación ulterior = en la adopción puesto que los efectos de la misma se en--cuentran determinados "ex lege". Unicamente cabe, en la

(36) Idem. pag. 421

adopción simple, el pacto sobre los apellidos, que además de ser totalmente voluntario, puede ser objeto de una escritura pública independiente.

Hemos afirmado que la escritura otorgada ante Notario no DEBE introducir ninguna nueva especificación sobre la adopción porque así debe ser. Pero ¿qué ocurriría si al acudir los interesados al Notario pactan algún tipo de convenios que de haber sido presentados a la autoridad judicial ésta no los habría aprobado? De darse = esta circunstancia se le resta todo posible valor a la = aprobación judicial. De ahí que consideremos como la más digna de tener en cuenta la opinión manifestada por el = Prof. DIEZ PICAZO (37) al afirmar que "los problemas que plantea la acumulación de trámites -solicitud al juzgado, expediente, auto de aprobación y escritura notarial- son prácticamente insolubles. La escritura pública no tiene= mucho sentido si en un documento público como es el expediente judicial se han recogido ya los consentimientos y se le ha dado a la adopción una determinada configura- -ción y un determinado contenido. De esta manera, no ha--bría inconveniente alguno para prescindir de la escritu-

(37) DIEZ PICAZO Y GULLON. "Sistema de Derecho civil" = Vol. IV. Ed. Tecnos. Madrid, 1982 pag. 393.

ra pública que nada añade. Mas, si se quiere mantener como vehículo de instrumentación, quizá fuera más lógico = invertir el orden, otorgar primero la escritura pública= y someterla después a la aprobación judicial".

A modo de síntesis cabe aludir a las reflexio-
nes que en torno a este tema hace algún autor (38) al estimar que "resulta interesante observar, cómo el legislador español, siguiendo la tradición legislativa patria a nuestro juicio, y así lo declara en la justificación del Anteproyecto de Reforma tantas veces mencionado, sigue = un camino diverso de aquella posición civilista tan ex--tendida y autorizada en nuestra patria, que reduce la resolución judicial a un mero requisito previo o simple = permiso o autorización para que la adopción se constitu-ya ante Notario y de la cual respetuosamente nos hemos = permitido discrepar, y así afirma y atribuye al auto o = resolución judicial un mayor rango de valor constitutivo; pero con todo y con ello, creemos que nuestro legislador en esta senda se queda a medio camino, y al ser este == efecto compartido con otros requisitos o intervenciones, no despeja la incognita que sería de desear, de determi-nar con precisión cual es el momento y cual es la inter-

(38) CIMA GARCIA, op. cit. pag. 422.

vención en el complejo proceso de formación del acto, =
que es propiamente determinante de la constitución del =
vínculo adoptivo, y repetimos ha de situarse en la reso-
lución judicial que aprueba la adopción y cuya finalidad
constitutiva nos parece muy clara".

A.- AUTORIZACION Y APROBACION

Uno de los puntos de discusión de la doctrina,
en el tema que nos hallamos examinando, reside en la di-
vergencia de los términos "autorización" y "aprobación",
(39) aludida ya por la Resolución de la DGRN (40) de 8 =
de junio de 1973 al afirmar que "el requisito de la apro-
bación judicial necesario para la adopción (arts. 173 y
175), no presupone por sí, siempre y necesariamente, un
acto ya perfecto (cfr. por ejemplo, arts. 993 a 995 C.c.)
y si en el texto legal el término "autorización judicial"
que persiste en el preámbulo se cambió por el de "aproba-
ción judicial", no se hizo para expresar un "posterius",
sino para insistir en un matiz que con tal término se ex

(39) Arts. 173 y 175 del Código civil y 1825 a 1832 de =
la LEC.

(40) Examinada con más amplitud Vid. infra. "adopción =
póstuma".

presa con mayor claridad que con el de "autorización" = (41).

Con independencia de dicha Resolución el mismo legislador emplea los términos autorización y aprobación referidos a la actividad del Juez. Así tras la reforma = del Código civil por Ley 7/1970 de 4 de julio desapare-- cía de este cuerpo legal la palabra autorización sustitu-- yéndola por la de aprobación. No obstante ésto los pre-- ceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil referidos al te-- ma hacen referencia a la "autorización y licencia judi-- cial" (art. 1831,1). Aunque la redacción del Código ci-- vil, en este punto, es muy posterior a la de la LEC, no deja de ser destacable el "desfase" y sobre todo la con-- tradicción existente entre ambos textos legales.

Si se autoriza algo es para que eso que toda-- vía no existe se lleve a efecto; en cambio si lo que se= requiere es la aprobación, ciertamente ese algo -en este caso la adopción- existirá desde el mismo momento en que sea aprobada (42).

(41) Considerando 3º de la mencionada Resolución.

(42) VALLINA DIAZ. op. cit. pag. 449

Dada la contradicción existente hay que hacer= aquí referencia, -bien que de manera breve- a las dife-- rencias que, según la doctrina, existen entre aprobación y autorización.

La autorización, a decir de FORTI, "no determi= na el surgir de un derecho nuevo en el destinatario, pe= ro hace posible el ejercicio de un derecho que le perte= necía y que le era reconocido como propio. La nueva si-- tuación jurídica que la autorización tiende a constituir consiste en hacer, conforme a Derecho, un singular acto= de ejercicio de un poder jurídico que el titular tenía = ya (43)

La autorización es un acto autónomo y estructu= ralmente distinto del acto autorizado respecto al cual = está funcionalmente unido. La función es eliminar un lí= mite u obstáculo al ejercicio de un derecho o de un po= der por parte de quien tiene competencia a producirlo = (44).

(43) FORTI, Ugo.- Voz autorizzazione. Novissimo Digesto= Italiano. pag. 1581.

(44) JANNUZZI, A. "Manuale della volontaria giurisdizio= ne" Ed. Giuffrè Milano 1977.

La autorización se distingue de la aprobación en que aquélla supone una forma de control, pero, a diferencia de la aprobación, precede al cumplimiento del acto. En esa diversa posición cronológica respecto al acto sometido a control es donde reside la distinción entre ambas figuras. La aprobación está prevista solo para los actos jurídicos y no para actividades materiales, como sucede con la autorización. La autorización estará configurada en la doctrina como presupuesto del acto y por tanto requisito de validez, en tanto que la aprobación es siempre requisito de eficacia (45).

Hay algún autor que reconoce carácter negocial al acto de aprobación, en cuanto expresión de voluntad correlativa a la presencia de un interés autónomo confiado a la autoridad aprobante, por lo que puede sostenerse la solución relativa al valor constitutivo de la aprobación. Tal valor ha sido negado, no tanto con referencia a la capacidad de los actos constitutivos de crear situaciones jurídicas nuevas (capacidad que innegablemente ha de reconocerse a la aprobación) sino teniendo presente la contraposición entre los elementos determinantes di--

(45) CASSARINO, S. Voz approvazione. Enciclopedia del Diritto. pag. 855

rectamente (constitutivos) o indirectamente (confirmativos) del efecto operativo del acto. Considerado autonomamente el acto de aprobación tiene caracter constitutivo porque apunta a la realización de un interés bien definido y autónomo a través de su valoración en relación con los efectos del acto sometido. La aprobación se considera como cambio de un límite puesto en el Ordenamiento para el desenvolvimiento de la fuerza operativa propia del acto aprobado. (46).

El acto de aprobación tiene estructura y caracteres diversos del acto de autorización. Una reconoce la validez de un acto ya existente y la otra determina, en cambio, la situación jurídica condicionante de la sucesiva producción del acto. (47).

Por su parte JANNUZZI (48) entiende que la autorización supone un examen previo de acto proyectado bajo el aspecto de la legitimidad y de la sustancia, en = tanto que la aprobación y la homologación (que las equi-

(46) DEL PRETE, Pasquale. Voz approvazione. Novissimo Digesto Italiano T. I pag. 812.

(47) Idem. pag. 813.

(48) JANNUZZI, A. op. cit. pags. 24 y 25.

para) consienten el acto ya estructuralmente perfecto, y atienden a su eficacia: se trata de medios de control = preventivo que equivalen a condiciones juris de eficacia de los actos que consienten.

Para CARIOTA FERRARA (49) hay casos en los que la ley exige como complemento de la manifestación de la voluntad negocial un acto de la autoridad pública que no funciona como simple vestidura formal de la manifestación; en tales casos (matrimonio, adopción) hay un complejo de actos (manifestación de voluntad de los particulares, y acto de la autoridad pública) que juntamente = concurren a la producción de los efectos jurídicos.

En definitiva tanto la autorización como la = aprobación representan medios de control en cuanto el Estado -a través del Juez, en este caso- valora el negocio jurídico privado en su utilidad, oportunidad y conveniencia. La diferencia está en que la autorización sigue al negocio y la autorización lo precede (50).

-
- (49) CARIOTA FERRARA, Luigi.- "El negocio jurídico" Trad. esp. ALBALADEJO, Manuel. Ed. Aguilar, Madrid, 1956. pag.218
- (50) AURICCHIO. Voz autorizzazione. Enciclopedia del Diritto, pag. 503

Lo cierto es que "con carácter general, la Ley delega en el Juez la valoración de la conveniencia de la adopción. Este dato legal incide de una forma más o menos directa en la valoración de otros requisitos normativos matizándolos y conformando, a su vez, el arbitrio judicial (51).

B.- ESTA DISCUSION DOCTRINAL NO SE DA EN OTROS ORDENAMIENTOS JURIDICOS

Ciertamente la discusión en torno al momento = constitutivo de la adopción o no se da, o va por otros = derroteros -determinación de si es en el momento de otorgar el consentimiento, o en el momento de la aprobación= judicial- porque en ellos no se exige el requisito de la escritura, y es la autoridad judicial la única, y en todo caso la última, que tiene competencia para decidir si una adopción está ajustada a Derecho, y por tanto si es válida o no.

Son escasos los Códigos civiles que exigen el=

(51) REVERTE NAVARRO, A. "Intervención judicial en las = situaciones familiares". Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 1980. pag. 181.

requisito de la escritura -bien únicamente o con posterioridad a la aprobación judicial- pero con la particularidad de que todos ellos están directamente inspirados en el Código civil español (52).

Con esta excepción, en la práctica totalidad = de los Ordenamientos jurídicos -y haremos referencia a = algunos europeos- es la autoridad judicial la única competente para pronunciar la adopción.

Así en Francia, ambas clases de adopción -tan-

(52) Así:

-Guatemala en su art. 239: "La adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el Juez de Primera Instancia competente".

- Panamá en su art. 180: "Obtenido el permiso judicial se otorgará por ente al respectivo Notario la correspondiente escritura sin la cual no tendrá == efecto la adopción. Esta escritura será firmada por el Juez que concede el permiso, el adoptante, el = adoptado cuando fuere adulto, y, en su caso, también por la persona que haya prestado el consentimiento para la adopción, autorizándola el Notario y dos testigos".

- Uruguay, que contempla solo el requisito de la escritura en su art. 248: "La adopción ha de ser necesariamente hecha por escritura pública, aceptada = por el adoptado o sus representantes legales, y deberá ser inscrita dentro de los treinta días, contados desde el otorgamiento de la escritura, en un libro especial que deberá llevar al efecto la Dirección General del Registro del Estado civil... Una = vez inscrita surtirá efecto desde la fecha de su = otorgamiento".

to la plena como la simple- resultan de una Sentencia, =
respondiendo a la demanda del o de los adoptantes, sien-
do regulado este procedimiento en los arts. 353 y 361, =
entre otros, del Code civil, referido este último a la =
adopción simple cuyo procedimiento es idéntico al de la=
plena.

La adopción necesita el consentimiento de los=
interesados. Para asegurar el cumplimiento de esta condi-
ción, la Ley exige que este consentimiento sea dado ante
el Juez del Tribunal de instancia del domicilio de la =
persona que consiente, o ante un notario francés o ex- -
tranjero, o ante los agentes diplomáticos o consulares =
franceses. Puede igualmente ser prestado ante el servi--
cio de Ayuda social a la infancia, si ha sido encomenda-
do el menor a esta institución. (53)

Solamente en el caso de la adopción plena y =
previo a la declaración de adopción por el Tribunal -a =
la que a continuación haremos referencia- hay un período
de tiempo durante el cual se tiene que dar el placement=

(53) A esto se refiere el art. 348 bis 3 del Code civil.
Vid. comentario al respecto en MAZEAUD, Henri, "Le-
çons de Droit civil" T. I vol III Ed. Montchres- -
tien, París, 1976. pag. 468.

en vue de l'adoptio (54) cuyos efectos consisten fundamentalmente en poner a los futuros adoptantes al abrigo de reclamaciones de los padres de origen, ya que si la filiación del niño estaba establecida, los padres de origen no podrán valerse de ello para recuperar al niño como podrían hacerlo normalmente si se tratase de una delegación de la patria potestad. Si la filiación no estuviese establecida no podrá serlo, ni por un reconocimiento voluntario ni por una declaración judicial (55).

El placement cuando tiene lugar en las condiciones exigidas por la Ley, no es una simple situación de hecho, un ensayo de la proyectada adopción. Es una situación desde ya protegida por ella misma, jurídicamente protegida contra los posibles retornos al parentesco de origen. Para llegar a la demanda de adopción, este placement debe haber durado al menos seis meses. Por el contrario podrá durar indefinidamente si el deseo de los adoptantes respecto a su posición no está absolutamente claro. Por esto el placement conserva un cierto carácter de precariedad: puede cesar espontáneamente para la restitución del niño al organismo que lo había acogido, o

(55) Vid. en este sentido RAYNAUD, Pierre et MARTY, Gabriel. "Droit civil" Tomo I vol 2º "les personnes". Ed. Sirey, París 1967, 2º ed. pags. 535 y sigs.

bien como consecuencia de una Sentencia que rechazase el pronunciar la adopción; sus efectos quedarían entonces = retroactivamente resueltos (56).

El procedimiento propiamente dicho comienza = por una demanda del adoptante dirigida al Presidente del Tribunal de Primera Instancia de su domicilio, a tenor = de lo establecido por el art. 353, parr. 1° del Code civil.

Tanto la instrucción de la demanda como los de bates tienen lugar a puerta cerrada, con audiencia del = Ministerio público, debiendo verificar el Tribunal si es tñ cumplidas las condiciones legales, sobre todo si el niño pertenece a una de las categorías de los llamados = adoptables (57) y si la adopción está de acuerdo con el = interés del niño.

La jurisdicción ejercida, en este tema, es puramente graciosa; no hay defensor ni otro contradictor =

(56) Vid. CARBONNIER, Jean. "Droit civil" T.2 "La famille, Les incapacités". Ed. Presses Universitaires = de France. París, 1972. pag. 297.

(57) Según lo establecido en el art. 347 Code civil.

posible que el Ministerio Público. El procedimiento está dominado por el secreto de la adopción, lo que va más allá que el habitual secreto de otros temas de derecho de familia (58).

La sentencia es pronunciada en audiencia pública (59), sin que respecto a la forma de pronunciarla quepa distinguir entre la que pronuncia la adopción y la que la rechaza. La jurisprudencia anterior entendía, por el contrario, que las Sentencias rechazando la adopción debían ser dadas a puerta cerrada (60).

Esta Sentencia pronunciando la adopción no es motivada, de lo que a sensu contrario se deduce que aquella que la rechaza debe serlo. Una Sentencia pronunciando una adopción simple será motivada si rechaza al mismo

(58) En este sentido CARBONNIER "Droit civil" op. cit. = pag. 298.

(59) A ello se refiere el Decreto de 2 de diciembre de 1966 de reforma de la adopción.

(60) En este sentido HUET-WEILLER, Daniele; LABRUSSE, Catherine; VAN CAMELBEKE, Micheline, "La filiation" = en "Jurisprudence française" sous la direction de = RODIERE, René. Ed. Librairies Techniques. Paris, = 1981 pag. 207.

tiempo una petición de adopción plena (61).

Asímismo la Sentencia que pronuncia la adopción es constitutiva. La cuestión era discutible cuando el Tribunal debía solamente "homologar" una adopción consentida ante el Juez de paz, dado que se planteaba una doble decisión: la de los interesados y la del Tribunal. Sin embargo a tenor del actual art. 353 del Code civil el Tribunal no homologa un acta de adopción concluida por los interesados, es él quien pronuncia la adopción (62).

También en Derecho italiano la doctrina se ha preguntado, desde antiguo, por el momento de perfeccionamiento de la adopción.

Con independencia de la concepción que se tenga respecto a la naturaleza del instituto "es necesario" y esencial la intervención de una autoridad del Estado, que conceda, en nombre del legislador, la creación artificial de la relación. La adopción no es perfecta en tanto la Corte de Apelación no la haya admitido. La función

(61) Idem. pag. 208

(62) MAZEAUD; op. cit. pags. 459 y 469.

de la Corte no es meramente declarativa; al acordar o negar la adopción cumple un auténtico acto de voluntad (o mejor, de autoridad) porque sin deber exponer los motivos, y siguiendo solo su prudente arbitrio, puede hacer surgir o puede hacer sucumbir la relación querida por = las partes. En definitiva el momento de perfeccionamiento de la adopción coincide con la emanación del Auto con el cual la Corte la admite" (63).

CICU (64) entiende que en el Derecho anterior, siendo la opinión dominante que la adopción se perfecciona con el Auto que la pronuncia, había discusiones en = cuanto al momento a considerar respecto de los requisitos exigidos por la Ley.

En la nueva ley la cuestión debe resolverse = aplicando el principio de que la adopción se perfecciona

(63) DUSI, B. "Della filiazione e della adozione" in "Il diritto civile italiano" per cura de FIORE, Pasquale. Vol III parte seconda. Napoli-Torino, 1911 pag. 881. Aunque este autor, dada la fecha de publicación de su obra, haga referencia al Codice civile = de 1865 hemos transcrito sus argumentaciones ya que nos parecen perfectamente válidas en el momento actual.

(64) CICU, A. "La filiazione" in "Trattato di Diritto civile italiano" sotto la direzione di VASALLI, Filippo. Vol III, T. II Fasc. 1° y 2° Torino, 1969 pag. 316.

en el momento en que el Auto la constituya; queda válidamente constituida si en ese momento subsisten los requisitos (65).

En la vigente redacción del Codice civile para la adopción, el art. 313 afirma: "El Tribunal, oído el = Ministerio Público, y omitidas cualesquiera otras formalidades de procedimiento, sin expresar los motivos declara en estos términos: si ha lugar o no ha lugar a la adopción".

En tema de adopción especial el procedimiento es más complicado, aunque el Tribunal, transcurridas las etapas previas, pronuncia o no la adopción de acuerdo = con la misma fórmula.

El procedimiento de la adopción especial comienza con la denuncia de la situación de abandono prevista en el art. 314/5 del Codice civile. La denuncia == puede ser efectuada por cualquier persona que tenga conocimiento de la situación de abandono en que se encuentra el menor, o por un funcionario público, o por instituciones públicas o privadas de protección o de asistencia a

(65) Idem. pag. 318

la infancia. Con relación a la información recibida el =
Juez tutelar redacta una nota informativa, que transmite
al Tribunal de menores (66).

Una vez comprobado el estado de abandono del =
menor, se inicia el procedimiento para la declaración =
del estado de adoptabilidad, en el cual es competente el
Tribunal de menores del lugar en que se halle el menor.=
Para esta declaración del estado de adoptabilidad hay =
que distinguir, el menor con padres desconocidos o falle-
cidos (cfr. art. 314/17 Codice civile) del menor con pa-
dres conocidos y existentes (cfr. art. 314/8 Codice civi-
le).

Pero "la ley de adopción especial no dice nada
en orden a las disposiciones con las que concluye el pro-
cedimiento de verificación de la subsistencia de una si-
tuación de abandono cuando tal procedimiento se concluye
con una declaración de inexistencia de los presupuestos=
necesarios para la declaración de adoptabilidad. La ley=
de 1967 prevé expresamente solo la solución positiva del
procedimiento y la consiguiente emisión del auto declara

(66) En este sentido Vid. BESSONE, Mario. "Giurispruden-
za dell'adozione" Ed. Giuffrè. Milano, 1981, pag. =
155.

tivo del estado de adoptabilidad (art. 314/7 y 314/11). =
No obstante -a falta de particulares indicaciones de la
ley- deben valer los principios generales vigentes en ma
teria de procedimiento a puerta cerrada (67).

Siendo definitiva la declaración de adoptabili
dad, el Tribunal dispone el affidamento preadottivo del
menor abandonado, a unos cónyuges en los que concurran =
los requisitos para la adopción especial.

Pero la ley de 1967 no prevé una demanda de =
affidamento preadottivo distinta de la de adopción. Es =
una única demanda para adoptar con adopción especial ==
(art. 314/20) que debe ser examinada antes de concluir =
el affidamento preadottivo del menor y antes del fin del
pronunciamiento de la adopción especial (art. 314/24) =
(68).

Transcurrido un año desde el affidamento, el =
Tribunal de menores, oídos los adoptantes, el Ministerio
público, el tutor y el Juez tutelar, además de las perso

(67) MORO, Alfredo Carlo "L'adozione speciale" Ed. Giuffrè
Milano 1976 pag. 198 y 199.

(68) Idem. pag. 303.

nas o los institutos que han ejercido la vigilancia en =
el período preadóptivo, provee mediante Auto dictado a =
puerta cerrada "decidiendo si ha lugar o si no ha lugar=
a la adopción especial" (69).

Para esta declaración el Tribunal debe efectuar
un juicio de legitimidad, consistente en la constatación
de la subsistencia de todos los elementos queridos por =
la Ley, y que no concurra ningún obstáculo planteado por
la ley misma; es un juicio que consiste en la valoración
de la inserción del menor en la familia de los cónyuges=
affidatari, la previsión de la bondad de la crianza del=
menor que supondrá la realización en definitiva del inte=
rés del menor (70).

Como resultado de la valoración de todos estos
elementos el Tribunal de menores -una vez oídas las per=
sonas o las instituciones señaladas anteriormente y veri=
ficada la concurrencia de los requisitos- emite un Auto=
en el que según lo dispuesto en el art. 314/24: "... omi=
tidas cualesquiera otras formalidades de procedimiento,=

(69) BESSONE, op. cit. pag. 297.

(70) BAVIERA, Ignazio. "L'adozione speciale". Ed. Giuffrè
Milano, 1982, pag. 321.

provee sobre la adopción, mediante auto a puerta cerrada, decidiendo si ha lugar o no ha lugar a la adopción".

No son estos los únicos Ordenamientos jurídicos que hacen residir en la decisión de la autoridad judicial el momento constitutivo de la adopción, porque en el resto de los Ordenamientos a los que a continuación = haremos referencia, si no es la única autoridad cuya intervención se requiere, sí es la última y en definitiva = la que decide si procede o no la adopción, ya que las = formas varían y algunos Ordenamientos hablan de "homologación del acta de adopción" y otros de "aprobación de = la adopción".

Así el Código civil belga establecía la forma = en que las partes deben prestar los respectivos consentimientos: "la persona que se propone adoptar y la que == quiere ser adoptada, si es mayor, o incluso si es menor, y t iene más de 16 años, se presentarán ante el Juez de = paz del domicilio del adoptante o ante un Notario para = levantar acta de sus consentimientos respectivos. Si el = adoptado es menor de 16 años acude en su nombre su representante legal".

La homologación del acta de adopción debe ha-- cerse ante el Tribunal de Primera Instancia "El acta de adopción debe ser sometida a la homologación del Tribu--

nal de Primera Instancia del domicilio del adoptante...=
El Tribunal, reunido a puerta cerrada, después de haber comprobado todos los requisitos necesarios, verifica si la persona que se propone adoptar goza de una buena reputación, y se han cumplido el resto de las condiciones == exigidas por la Ley. Después de haber oído al Procurador del Rey, al adoptante; al adoptado o a su representante legal, el Tribunal se pronuncia, sin enunciar los motivos, en estos términos: "la adopción es homologada" o = "la adopción no es homologada".

La adopción fué modificada en Bélgica mediante una Ley de 21 de marzo de 1969, que amplía las condiciones y los efectos de la misma manteniendo en líneas generales los puntos a que acabamos de aludir (71).

Del mismo modo en Luxemburgo la adopción se = pronuncia por el Tribunal civil, sobre una instancia presentada colectivamente por el adoptante, el mismo adoptado, si es mayor de 16 años, y aquellas personas cuyo sentimiento es necesario para la adopción.

(71) Vid. a este respecto VIEUJEAN, Edouard "Chronique = Droit" Belge. RTDC. 1969 n° 4, pag. 849.

La Sentencia, que no es motivada, se da a conocer en audiencia pública, después de los debates que tienen lugar a puerta cerrada. No es posible ninguna oposición a esta Sentencia, pero en cambio es Susceptible de apelación siguiendo un procedimiento fijado por el art.= 365 (72). La inscripción en el Registro civil hay que = hacerla en el plazo de cuatro meses, y la adopción produce sus efectos desde la presentación de la demanda de = adopción (73).

En Mónaco, donde existen dos clases de adopción ambas resultan de una Sentencia del Tribunal de Primera= Instancia, contra la cual caben los recursos de apelación y de revisión.

La demanda se presenta al Tribunal, una vez obtenidos los consentimientos y autorizaciones necesarias, o cuando la decisión pronunciando el abandono es ya irrevocable. Tanto la instrucción como los debates son a == puerta cerrada. La sentencia que pronuncia la adopción =

(72) La Ley Luxemburguesa de adopción data de 13 de julio de 1959.

(73) CRAFFE, Mauricette, "Le régime de l'adoption au Luxembourg d'après la loi du 13 juillet 1959". Revue= Internationale de Droit comparé, 1961, pags. 594 y ss.

no tiene que estar motivada.

Si no se han cumplido todas las condiciones = que la Ley exige para la adopción legitimante, el Tribunal puede, previo consentimiento de los peticionarios no pronunciar más que la adopción simple (74).

El Ordenamiento jurídico austriaco, por su parte, tiene la particularidad de que la adopción reviste la forma de contrato (75). Este contrato (de derecho de familia) no entra en vigor sino a través de una "autorización" judicial. Se concluye entre el adoptante y el adoptado, o en su caso el representante legal de este último. Se trata de un contrato concluido bajo reserva de autorización judicial, ya que las partes, en el supuesto de denegación definitiva de dicha autorización, no pueden rescindirlo unilateralmente, hasta que aquélla no se produzca.

Este contrato debe ser hecho por escrito (art. 179, a, 1 ABGB) y hacemos esta salvedad, porque en el Dere

(74) AUREGLIA, Louis. "L'adoption en Monaco", Juris Classeur Droit Civil, Droit Comparé, 1971.

(75) La adopción en Austria está regulada por una Ley federal de 17 de febrero de 1960.

cho anterior cabía la posibilidad de hacerlo de forma == oral.

El contrato concluido por escrito, debe ser de positado en el Tribunal competente con una petición de = autorización. El Tribunal cita entonces a las personas = cuyo consentimiento es necesario, con el fin de que ex--presen personalmente su voluntad. Una vez oídas estas = personas el Tribunal, bajo forma de Auto, debe autorizar o rechazar la adopción (76).

El Código civil suizo, que contempla, a seme--janza del Code civil un placement antes de ser pronuncia da la adopción, ha sufrido recientes reformas. Las dos = últimas mediante sendas leyes federales de 30 de junio = de 1972 y de 25 de junio de 1976, que entraron en vigor, respectivamente el 1 de abril de 1973 y el 1 de enero de 1978.

Según el art. 265 d) cuando "el niño está bajo el placement con vistas a una futura adopción y falta el consentimiento de uno de los padres, la autoridad tutelar

(76) HOYER, Hans. "El nuevo derecho de adopción en Aus--tria" Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, = pags. 572 y ss.

del domicilio del niño decide, mediante la investigación o de los padres adoptivos y por regla general antes del comienzo de este plazo si se puede hacer abstracción de este consentimiento".

La vigilancia sobre la buena marcha de este = placement del niño con vistas a una futura adopción es = ejercida por las autoridades de los respectivos Cantones según establece el art. 269 c) en su párrafo primero.

Se mantiene el secreto de la adopción ya que = la identidad de los padres adoptivos no se revela a los padres de origen más que con el expreso consentimiento = de aquéllos (art. 268 b) parr. 1°).

A tenor de lo dispuesto en el art. 268 en su = párrafo 1° la adopción es pronunciada por la autoridad = cantonal competente del domicilio de los padres adopti--vos.

6.- ADOPCION POSTUMA

Hemos querido hacer referencia a este tema, = precisamente en este capítulo, porque todo lo señalado = anteriormente respecto al carácter constitutivo de la = aprobación judicial o de la escritura pública, entende--mos que tiene su entronque práctico con el tema de la =

adopción póstuma.

De no plantearse este problema práctico, la = discusión aludida no iría más allá de una polémica doc-- trinal sin excesivas repercusiones para la vida real, = salvo las derivadas de los inconvenientes producidos por un excesivo alargamiento del proceso. Pero lo cierto es que una situación que se produce con relativa frecuencia es la de la muerte de uno de los sujetos intervinientes= en la adopción: adoptante o adoptado.

La muerte del adoptado no plantea, en princi-- pio, excesivos problemas de tipo jurídico, ya que al ser él en beneficio de quien se concibe la institución, con su muerte desaparece toda la fundamentación de la misma. Acaso, quizá quepa plantearse hasta qué punto, una vez = muerto el adoptado, antes del otorgamiento de escritura, pero después de la aprobación judicial, tenga el adoptante derecho a la posible herencia del adoptado. Es un problema que más adelante veremos, y que se reduce como casi todo el resto del tema a la determinación del momento constitutivo en la adopción.

Situación radicalmente opuesta es la que se = produce con la muerte del adoptante con posterioridad a la aprobación judicial y antes del otorgamiento de escritura pública. Se puede plantear también la muerte del =

adoptante antes de la aprobación judicial, pero después de haber prestado consentimiento. Supuesto éste de más difícil pero no imposible solución, y ya resuelto en Ordenamientos jurídicos distintos del nuestro, por no exigir éstos el otorgamiento de la escritura pública.

A.- LAGUNA LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Nuestro Ordenamiento no contiene ninguna norma específica que resuelva este problema que preocupa a la doctrina y para el que las legislaciones extranjeras tienen solución con mayor o menor amplitud. (77)

-
- (77) Así el art. 353,3 del Código civil francés "Si el adoptante muere después de haber acogido regularmente al niño con miras a la adopción, la solicitud puede ser presentada en su nombre por el cónyuge superviviente o uno de los herederos del adoptante".
 -Art. 298,3 Código civil italiano: "Si el adoptante muere después de la prestación del consentimiento y antes de la publicación del auto, se puede proceder al cumplimiento de los actos necesarios para la adopción".
 -Referente a la adopción especial: art. 314/24 parr. 3 Código civil italiano: "Si uno de los cónyuges muere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo, la adopción puede ser igualmente resuelta a instancia del otro cónyuge".
 -Art. 268,2 Código civil suizo: "Cuando ha sido presentada una solicitud de adopción, la muerte o la incapacidad de discernimiento del adoptante no supone obstáculo a la adopción, si la realización de otras condiciones no se encuentra comprometida".
 -Párrafo 1753 del B.G.B.: "La confirmación del contrato de adopción no puede realizarse después de la muerte del hijo a adoptar. Después de la muerte del adoptante la confirmación solo es admisible, si el adoptante o el hijo a adoptar han cursado la petición de confirmación ante el Tribunal competente, o si en el momento o después de la documentación notarial del contrato han confiado la presentación al Notario. La confirmación realizada después de la muerte del adoptante tiene los mismos efectos que si se hubiese realizado antes de la muerte".

Pero aunque no exista una norma que lo recoja= específicamente podría darsele una solución si en vez de considerar el momento constitutivo de la adopción la escritura pública, se considerase la aprobación judicial.= Sería una solución clara para el primer supuesto que hemos planteado: la muerte del adoptante después de la == aprobación judicial y antes de ser otorgada la escritura pública.

Si en vez de esta solución se mantiene la de = que el momento constitutivo de la adopción es el otorgamiento de escritura pública se hace imposible la existencia de una adopción póstuma con grave perjuicio en muchos casos para el adoptado, y ningún beneficio para terceros.

A considerar el otorgamiento de la escritura = como momento constitutivo, han contribuido, lamentablemente, tanto la DGRN como el propio Tribunal Supremo, = aunque éste en fechas recientes haya modificado su línea de actuación.

La aceptación de una adopción póstuma estaría= además de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 cuando afirma que "la ley persigue facilitar y = robustecer el vínculo adoptivo...". Estimamos que no habría inconveniente ninguno en su admisión si se entiende que el momento constitutivo, y a partir del cual comien-

za a surtir efectos la adopción es el de la aprobación =
judicial.

Como ya se ha apuntado para el otro supuesto, =
-muerte del adoptante antes de la aprobación judicial, =
aunque después de otorgado el consentimiento- la solución
es más compleja. El Prof. BERCOVITZ apunta una posible, =
acudiendo a la vía analógica (78). Hace su interpretación
tomando como base el art. 298 del Código civil italiano,
para el cual la eficacia coincide con el momento de la =
aprobación judicial de la adopción, pero excepcionalmen-
te se retrotraen sus efectos al momento en que murió el
adoptante cuando ese momento es anterior a la aprobación.
Dice BERCOVITZ que existe la posibilidad de aplicar esta
misma solución, en nuestro Derecho, quedando el problema
regulado de manera adecuada a los intereses en juego.

Su construcción la fundamenta afirmando que =
bastaría con poder aplicar a este supuesto excepcional =
la norma favorable para el nasciturus del art. 29 del C^o
digo civil. Sin duda alguna existe base suficiente para
realizar la aplicación analógica, especialmente si se =

(78) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo.- "Comentarios al
Código civil y Compilaciones forales" op. cit. pag.
362.

contempla el origen histórico de dicha norma, pensada = inicialmente para conceder derechos sucesorios al hijo = póstumo. Pues bien ¿no se puede decir que sobrevenida la aprobación judicial después de muerto el adoptante, el = adoptado es un hijo adoptivo ciertamente, pero hijo póstumo?. Parece, pues, coherente considerarle entonces como ya nacido en su condición de hijo adoptivo, como ya = adoptado en el momento en que falleció su adoptante, si después se perfecciona la adopción. Si no se acepta semejante analogía, continúa diciendo, la eficacia práctica = de la reducción de la escritura pública a un papel adjetivo se concentra en los supuestos de muerte del adoptante después del auto judicial.

Quizá pudiera entenderse -y hacemos la siguiente afirmación con las máximas reservas- que esta interpretación analógica planteada tiene todavía mayor posibilidad de aceptación a tenor de la reforma del Código civil conforme a la ley 11/1981 de 13 de mayo y concretamente el art. 108,2 según el cual "la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

B.- TRATAMIENTO DEL TEMA EN ALGUNAS LEGISLACIONES EUROPEAS

Como se ha señalado anteriormente algunos Códigos

gos civiles europeos resuelven el problema planteado por la muerte del adoptante, o de uno de los adoptantes, == cuando ésta suceda con posterioridad a la prestación del consentimiento, o incluso en un momento anterior: después de haber presentado la solicitud para llevar a cabo la adopción.

De la lectura de los preceptos referidos parece deducirse que la intención del legislador es la de = salvaguardar hasta las últimas consecuencias posibles el vínculo adoptivo, y procurar el beneficio y la protección del adoptado, fines, en definitiva, de la institución.

El supuesto más claro es el de adopción por am bos cónyuges. La muerte de uno permite al otro, si así = lo desea, continuar los trámites sin necesidad de iniciar nuevamente el procedimiento como si de adopción por una sola persona se tratase. Esta posibilidad viene, evidentemente, facilitada por la forma que los sistemas franceses (79) e italiano (80) prevén como trámite previo a = la declaración de adopción y posterior a la solicitud: = un período de tiempo durante el cual el futuro adoptado=

(79) Este solo en el caso de la llamada adoption pleniére.

(80) Únicamente en el caso de la adozione speciale.

deberá convivir con los adoptantes en su domicilio. Es =
lo que el Derecho francés denomina placement (81) y el =
Derecho italiano affidamento preadottivo.

En Derecho francés y según el art. 351 del Co-
de civil el placement se realiza por la entrega efectiva
del niño a los futuros adoptantes por una obra de adop--
ción habilitada, o por la ayuda social a la infancia. Pa
ra que se de esta situación, tienen que concurrir en el=
niño alguna de las circunstancias requeridas por la ley=
para que pueda ser adoptado y que son, a tenor de lo dis
puesto en el art. 347 del Code civil las siguientes:

a) Que el padre y la madre o el consejo de fa-
milia hayan consentido la adopción.

b) Que sea pupilo del Estado (82)

(81) Hemos mantenido los términos tanto en francés como=
en italiano, tal y como aparecen en los respectivos
Códigos civiles, dado que no encontramos una expre-
sión en castellano que signifique lo que estos con-
ceptos indican. Suponen, en definitiva, una convi-
vencia del futuro adoptado con los futuros adoptan-
tes en el hogar de éstos últimos, y como si de un =
hijo se tratara, para apreciar las posibles inadap-
taciones del adoptando a su nueva familia y durante
un plazo determinado. Se podría asimilar a un acogi-
miento con fines de protección hacia el adoptando.

(82) Son Pupilos del Estado, en líneas generales, los =
huérfanos sin familia; aquellos cuya filiación no =
está establecida, y los abandonados por sus padres.
A ellos se refiere el art. 50 del Code de la famille
et de l'aide sociale.

c) Que el niño haya sido recogido por un particular, una obra privada o un servicio de ayuda social a la infancia cuando sus padres se hayan desinteresado manifiestamente (83) durante el año que precede a la presentación de la demanda para la declaración de abandono.

La situación de placement produce efectos jurídicos de extrema importancia, ya que obstaculiza toda = restitución del niño a su familia de origen e impide todo establecimiento de filiación tanto legítima como natural (84).

En el Derecho italiano, una vez definitiva la declaración de adoptabilidad (85) el Tribunal dispone el

(83) Concepto parecido al existente en el art. 174 del = Código civil español cuando habla de la situación = de abandono "sin que la madre, padre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo = efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia".

(84) Vid. en este sentido HUET-WEILLER, Daniele; LABRUSSE, Catherine; VAN CAMELBEKE, Micheline.- "La filiation" op. cit. pag. 203.

(85) Una vez denunciada y comprobada la situación de abandono (arts. 314/5 y 314/6 del Código civil italiano) del menor, y si éste no tiene padres conocidos o éstos han muerto, el Tribunal de menores declara el = estado de adoptabilidad del menor a tenor del art.= 314/7 Codice civile. En el supuesto de la existencia de padres, oídos éstos, (arts. 314/8 y 314/9 Codice civile) el Tribunal de menores puede declarar el estado de adoptabilidad del menor. Así lo dispone el art. 314/11 del Codice civile.

affidamento preadottivo del menor abandonado por unos ==
cónyuges en los que concurren los requisitos para la adop-
ción especial (86). Uno de los problemas más delicados =
para el órgano judicial es el acoplamiento entre el menor
y los cónyuges que ha de efectuarse, desde luego, en el=
exclusivo interés del adoptando.

Cabe la posibilidad, que contempla el Código =
civil italiano en el art. 314/20, de que haya más de una
demanda para adoptar a un mismo menor, en cuyo caso el =
Juez las estudiará comparativamente y decidirá siempre =
en interés del niño.

El Tribunal de menores vigila sobre la buena =
marcha del affidamento preadottivo bien directamente, o
valiéndose del juez tutelar, a través de persona experta
o instituto especializado.

Durante el affidamento preadottivo si los cón-
yuges desisten de la demanda de adopción o si el menor =
revela grave dificultad de ambientación en la familia de

(86) Por disposición del art. 314/2 solamente pueden so-
licitar la adopción especial los cónyuges.
Vid. en este sentido BAVIERA, Ignacio.- "L'adozione
speciale". op. cit. pags. 71 y sigs.

los cónyuges, el Tribunal de menores, de oficio o a instancia del Ministerio público, o de alguna de las personas encargadas de la vigilancia del buen funcionamiento de este período, puede revocar el affidamento preadottivo (87).

Este período dura un año, tras el cual y oídos los cónyuges adoptantes, el Ministerio público y aquellas personas que han ejercitado la vigilancia durante el mismo, y tras haber verificado la concurrencia de todas las condiciones previstas, el Tribunal decide si ha lugar a la adopción (88).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia italiana al afirmar que "el juez tutelar, = las personas y los Institutos aludidos deben ser oídos = al término del período del affidamento, antes de que el Tribunal provea sobre la adopción" (89).

(87) Así lo establece el art. 314/21 del Codice civile.

(88) Art. 314/24 Codice civile.

(89) Corte de App. Palermo, 31 de marzo de 1973. Cit. == por DOGLIOTTI, Massimo en "Giurisprudenza dell'adozione" a cura di BESSONE, Mario. op. cit. pags. 276 y sigs.

Cabe la posibilidad de que este período de un año se prolongue, bien de oficio o a instancia de los cónyuges. En el supuesto de que esta prolongación sea de oficio, será el resultado de la vigilancia ejercitada por el Tribunal sobre el desarrollo de la relación, y de la constatación de una dificultad de acoplamiento o bien de una duda sobre la capacidad de los cónyuges, una situación en definitiva no perfectamente clara, pero que presenta elementos que pueden -si se desarrollan en un cierto sentido- dar lugar a la revocación, o -si se desarrollan en sentido contrario- dar lugar a la adopción. Si esta prolongación de plazo es a instancia de los cónyuges se puede entender en el sentido de una libertad de determinación hasta que se pronuncie la adopción. Si cabe la posibilidad de que se plantee la revocación, con mayor razón se intentará la prórroga de este período pre adoptivo que al fin y al cabo supone un minus frente a la revocación.

Este período se debe garantizar de modo absoluto, evitando, desde su inicio, la posibilidad de una reclamación por parte de los padres de origen, que puede determinar si no una revocación, al menos un contencioso iniciado a instancia del Ministerio público, que conllevaría una incertidumbre y ansiedad muy dañosas (90).

(90) BAVIERA, Ignazio. Op. cit. pags. 311 y ss.

Hemos querido señalar las características de =
 estos períodos previos a la declaración de adopción, en
 los Derechos francés e italiano, para constatar su tre--
 menda importancia y la relativa facilidad que brindan da
 do su carácter de convivencia del futuro adoptado con =
 los futuros adoptantes- para que se pueda realizar una =
 adopción aunque haya muerto uno de los adoptantes. Pero
 no hay que olvidar que en ambos casos se está contemplando
 como única posibilidad la adopción por ambos cónyuges,
 supuesto de más fácil solución en la vida real que el de
 adopción por una sola persona. Es evidente que el cónyu-
 ge supérstite -siempre sobre la base de que desee llevar
 a término esa adopción- puede ejercitar perfectamente =
 las funciones derivadas de la patria potestad, educación,
 etc., que son las que más problemas pueden plantear dado
 que se trata de menores de edad.

De no existir la posibilidad de que el cónyuge
 superstite continúe en la adopción, las consecuencias so
 bre todo de orden psíquico serían graves para el futuro=
 adoptado. Piensese que ha estado conviviendo con esos cón
 yuges durante un cierto tiempo como si fueran sus padres,
 tratándose además de un período que una vez transcurrido
 no se puede dar marcha atrás. Sería perjudicial al menor
 -actuando en contra del espíritu mismo de la adopción- =
 privarle de la posibilidad de tener una familia -con la=
 cual se ha acostumbrado a vivir- por una causa de fuerza

mayor.

Abundando en esta posición el Código civil == francés no solo prevé la posibilidad, en su art. 353, de que sea el cónyuge superstite quien presente la demanda= para la declaración de adopción definitiva, sino que in- cluso puede hacerlo uno de los herederos del causante. = Esta postura es más favorable para el adoptado que la = contemplada por el régimen anterior a la reforma (91) = que solo preveía la posibilidad de proseguir el procedi- miento después de la muerte del adoptante, cuando la de- manda para la adopción definitiva había sido ya presenta- da por éste. Pero según la letra del Código civil fran- cés después de la reforma la inacción del cónyuge y de = sus herederos es suficiente para paralizar la demanda, = en tanto que el antiguo art. 359 establecía la continua- ción automática del procedimiento, en caso de muerte des- pués de depositada la demanda, surtiendo efectos la adop- ción desde el día de la muerte del adoptante. Los herede- ros tenían solo la facultad de remitir una memoria al = Procurador de la República para oponerse a la adopción.= Ahora bien, hay que entender que la dicción actual del = Código civil francés se debe a que la asimilación del hi

(91) Operada por el Decreto de 2 de diciembre de 1966.

jo adoptado a uno legítimo es tal que cabría considerar= que el legislador ha querido que después de la muerte = del futuro adoptante, uno al menos de entre el cónyuge o los herederos tome la iniciativa de proseguir el procedimiento. (92)

La Jurisprudencia francesa se ha pronunciado,= en consonancia con el Código civil, admitiendo esta adopción póstuma y lo ha hecho de la manera más favorecedora para los intereses del adoptado.

Así el Tribunal de París en una famosa Sentencia de 26 de enero de 1978 manifestaba que "siguiendo el artículo 355 del Código civil... la adopción produce sus efectos a partir del día de la presentación de la demanda de adopción; a continuación de la cual, la muerte del adoptante, sobrevenida con posterioridad a la presentación de la demanda, no supone para el Tribunal la posibilidad de hacer dejación, tiene la obligación de resolver verificando la legalidad, la oportunidad del asunto y el día en que debe producir sus efectos. Considerando que,= siguiendo el art. 11 del decreto de 2 de diciembre de = 1966, relativo a los procedimientos de adopción, la Sen-

(92) GHESTIN, Jacques. "Voz adopción". Enciclopedia DALLOZ 1981.

tencia puede ser apelada por el Ministerio Público y por toda parte en el proceso... que si el art. 6 de este mismo decreto dispone que la demanda con fines de adopción es presentada por la persona que se propone adoptar, es evidente que ésta es una parte en el proceso y tiene cualidades para apelar una Sentencia rechazando la adopción" (93).

El autor que comenta la Sentencia (94) entiende que la "nueva Ley ha facilitado la adopción, ya que = ésta es posible incluso si el adoptante muere antes de = haber presentado la demanda. El art. 353 párrafo tercero dispone, en efecto, que si el adoptante muere después de haber acogido al niño con vistas a su adopción, la demanda puede ser presentada en su nombre por el cónyuge superviviente o uno de los herederos. Tomando una fórmula parecida de otra Sentencia (París, 12 de diciembre de 1978) la Corte deduce que no ha lugar a la reelaboración de la instancia, y será suficiente una simple carta al Procurador de la República para pedirle que devuelva la demanda del adoptante al Tribunal... que quiere dejar perfectamen

(93) Juris Classeur Periodique, 1980, II, 19324

(94) CHARTIER, Ives.- Comentario a la Sentencia. París = 26 enero 1978. Idem. not. anterior.

te claro que es solamente cuando el adoptante ha muerto= después de haber acogido al niño pero sin haber presentado su demanda, la cual es necesaria, conforme a las disposiciones del art. 353,3 del Code civil, cuando los herederos llamados a representar a la persona del difunto, someten el asunto al Tribunal... El análisis de la Corte de París conduce, por otra parte à preguntarse, si en pura lógica la solución no debería ser la misma en caso de muerte del adoptado... Pero sería un retorno a las fuentes, porque anteriormente estaba admitido que la muerte= del adoptante no tenía carácter restrictivo y que se debía también aplicar al caso de muerte del adoptado. Pero quizás en este caso la oportunidad de la adopción no aparecería siempre tan evidente al Tribunal, y no se debe = perder de vista que ésta está hecha en interés del adoptado... La solución dada por la Corte de apelación de Paris es esta Sentencia, aparece no solo jurídicamente fundada, sino equitativa... y se puede pensar que la Ley de 11 de julio de 1966 no ha querido hacer una modificación desfavorable a la adopción".

Otro supuesto visto en los Tribunales france-- ses -en este caso la Sentencia final es de la Cour de = Cassation de fecha 3 de enero de 1981- demuestra hasta = que punto es perfectamente realizable una adopción póstuma de acuerdo con el Derecho francés. En este caso -a modo de resumen de los antecedentes de hecho- se trataba =

de una menor de 16 años, que vivía con su padre Louis A., y que había tenido un hijo en 1968 siendo reconocido únicamente por ella. Esta chica muere en febrero de 1971, y su padre, divorciado de Anita H. -abuela por tanto del niño-, después de haberse hecho cargo del menor, presenta, con autorización del consejo de familia una demanda de adopción simple. Pero él también muere a los tres días de la presentación de la demanda. La tutela del niño fué entonces confiada a su abuela -divorciada como ya se ha dicho del futuro adoptante muerto- quien solicita al Tribunal que pronuncie la adopción póstuma. Los herederos del difunto -a saber su madre y su hermana- se oponen a esta pretensión alegando que era inadmisibile que Anita H, pidiese la adopción, dado que no era ni cónyuge superstite ni heredero del adoptante, y que en todo caso su acción, de carácter extra patrimonial, no había sido autorizada por el Consejo de familia.

La Corte de Apelación de París rechazó estas pretensiones y pronunció la adopción manifestando que la muerte del adoptante no invalidaba la demanda, pues en los términos del art. 355 del Código civil la adopción produce sus efectos a contar desde el día de la presentación de la demanda, de tal manera que el Tribunal debe pronunciarse sobre si en el día en que ésta fué depositada se habían cumplido las condiciones exigidas por la Ley.

Por su parte la Cour de Cassation entendió que "solamente cuando el adoptante muere sin haber presentado la demanda, es necesario, conforme al art. 353,3 del Código civil, que los herederos representen a la persona del difunto, sometiendo el asunto al Tribunal; este no es el caso puesto que la muerte del adoptante sobreviene después de que él mismo presentase la demanda de adopción. Hay que recordar que el Tribunal había quedado puntualmente en posesión de la demanda de adopción de un hijo natural (95) por su abuelo, autorizado a este fin por el Consejo de familia, y que según el art. 355 del Código civil, la adopción produce sus efectos a contar desde el día de la presentación de la demanda; los jueces de fondo... estimaron que la iniciativa tomada por el tutor con la intención de poner fin al procedimiento iniciado por el difunto no se analiza como introducción de una nueva acción, y no está, desde luego, necesariamente subordinada a una nueva intervención del Consejo de familia". (96).

Este caso puede plantear dudas acerca de la =

(95) Mantenemos el término "hijo natural" porque es el que utiliza la Cour de Cassation.

(96) Recueil Dalloz, 1981, n° 36, "Jurisprudence" pag. 548

conveniencia para el adoptado dado que no se trata de =
adopción conjunta, y además es adopción simple. Hay que
entender que a pesar de todo son más las ventajas que =
los inconvenientes, y ello por dos razones. En primer lug
gar los posibles recelos que pudiesen surgir acerca de =
quien ejercería las funciones de tutela y educación que-
dan contestados por la exposición de los hechos ya que =
el menor se encontraba bajo la custodia de su abuela aunq
ue divorciada del adoptante. En segundo lugar, con esta
adopción póstuma se salvan los derechos hereditarios del
nieto respecto al abuelo. (Probablemente esta fué una de
las razones de oposición del resto de los herederos). No
hay que olvidar que aunque en la actualidad en Derecho =
francés (reformado por la ley n° 72-3 de 3 de enero de =
1972) la sucesión respecto a los abuelos -y la sucesión=
en general- es igual con independencia del carácter de =
legítimo o no de un hijo, en la fecha en que se plantea=
este supuesto, 1971, el hijo natural solo estaba vinculad
o con los padres y no con la familia de éstos. Por tan-
to la adopción era favorable al menor para poder suceder
a su abuelo, ya que en definitiva era más lógico que lo=
sucediera él que no una hermana del difunto.

En Derecho italiano el tema tiene un tratamient
o parecido, ocupándose de él la doctrina, con la parti-
cularidad de que ya existía esta posibilidad de adopción
en el Código de 1865. El Código de 1942 la mantuvo, y ya

con una cobertura más amplia a raíz de la introducción =
en el Código civil de la figura de la adopción especial.

Es muy distinta la postura doctrinal que hace =
referencia al Código de 1865 respecto a la que comenta =
el Código de 1942. La primera trata el tema no sin cier =
to recelo, en tanto que la segunda lo admite con mayor =
amplitud, y sobre todo, como ya se ha apuntado anterior =
mente, tras la reforma que introduce la figura de la ==
adopción especial.

Los autores que hacen referencia al Código ci =
vil italiano de 1865 encuentran dificultades para admi =
tir la adopción póstuma. Así BIANCHI entiende que la pre =
sentación del acto de consentimiento para la adopción al =
Tribunal, produce un efecto especial declarado en la se =
gunda parte del art. 217 en los siguientes términos: "Si =
el adoptante muere después de la prestación del acto del =
consentimiento al Tribunal y antes de la homologación, =
se continuará el procedimiento y admitirá, dado el caso, =
la adopción". Esto implica ser ya perfecta la adopción =
solo con el consentimiento de las partes. Respecto a es =
to debe encontrarse -sigue diciendo- una dificultad, la =
de imaginar un motivo por el cual el legislador haya po =
dido creer necesario expresar una máxima tan evidente co =
mo la de que "la muerte de una de las partes, ocurrida =
con posterioridad al perfecto cumplimiento legal de un =

acto, no perjudica la eficacia del acto mismo" (97)

Sigue diciendo este autor que quedando establecido que la muerte del adoptante, después de la presentación del consentimiento a la autoridad judicial para la homologación, no impide la continuación del procedimiento de la adopción, de lo cual parece deducirse que con esa prestación se reputa perfecta jurídicamente la adopción, de tal manera que la muerte posterior del adoptante no puede impedir los efectos. Pero la adopción pasa a considerarse como jurídicamente y perfecta solo cuando el acto de adopción haya sido definitivamente homologado por la autoridad judicial competente. (98)

De una opinión parecida es DUSI para el cual "perfeccionándose la adopción con la homologación de la Corte y debiéndose necesariamente presumir que las partes habían perseverado hasta aquél momento, la premorienza de una, lleva consigo la inexistencia del acto, porque si está ya muerta no puede consentir actualmente. Esto tiene importancia especialmente respecto al adoptante:

(97) BIANCHI.- "Codice civile italiano", Vol. VII "Dell'adozione e della patria potestà" Torino, 1909, pag. 161.

(98) Idem. pag. 21.

pero evidentemente la premorienencia del adoptado despoja= al acto de cualquier valor práctico". (99)

Para DUSI no basta que el adoptante haya dado= su consentimiento, es necesario también que haya sido solicitada la intervención de la Corte antes de su muerte. Hace una afirmación muy significativa al decir que "mu--riendo el adoptante después de haber prestado consenti--miento y antes de la homologación, la adopción no debe = admitirse o admitida, anularse" (100)

Estas afirmaciones suponen entender que si la adopción se perfecciona con la homologación por la Corte, y ésta no se ha producido, aunque se hayan prestado con--sentimientos y sea en beneficio del adoptado esta adop--ción no puede ser válida, dado que los efectos se produ--cen a partir del acto de perfección y ese acto es la ho--mologación por la Corte.

CICU, refiriéndose ya al Código de 1942, entienede que la admisión de la adopción póstuma no es sino una

(99) DUSI, B. "Della filiazione e della adozione" op. = cit. pag. 886.

(100) Idem. pag. 887.

excepcionalidad a la norma. Comienza su planteamiento se
ñalando si la capacidad de querer, necesaria en el momento
de la prestación del consentimiento, debe subsistir =
en el momento de la homologación; ante la respuesta afirma
tiva entiende que el momento constitutivo de la adopci
ción es el de la homologación por la Corte. (101)

Partiendo de esta base señala que "la ley admiti
te que muerto el adoptante después de que el acto de conse
ntimiento hubiese sido presentado ya a la Corte, ésta=
puede no obstante pronunciar la adopción. Aquí no se puede
hablar de persistencia de la voluntad de adoptar en =
el momento de la homologación; pero no se puede ni siquiera
justificar la norma sobre la perfección del acto de =
consentimiento en el momento en que viene prestado, por=
que se requiere que el acto estuviese ya presentado a la
Corte. Esta norma no puede ser considerada como contra =
rationem iuris en cuanto consiente que una persona sea =
adoptada por un difunto, si se tiene presente el caso de
legitimación por decreto real que puede ser pedida y prono
nunciada después de la muerte del progenitor y sin efecto
retroactivo. Pero en la irreparabilidad de la muerte=
se puede en ambos casos ocultar el motivo político de la

(101) CICU, Antonio.- "La filiazione" op. cit. pag. 316.

disposición excepcional... El nuevo Código (art. 298) establece que, cuando el adoptante muera después de la == prestación del consentimiento, se puede no obstante pronunciar la adopción, que en tal caso surtirá efectos desde el momento de la muerte. Aquí se manifiesta de manera más evidente la excepcionalidad de la norma" (102)

Con la introducción en el Código civil italiano de la adopción especial por la Ley n° 431 de 5 de junio de 1967, tiene un mejor tratamiento este tema, concretamente en el art. 313/24, y sobre todo su regulación está perfectamente justificada ya que recoge el supuesto de adopción por cónyuges, y falleciendo uno de ellos el otro puede continuar con la adopción. La doctrina así lo ha entendido y está, en su inmensa mayoría de acuerdo = con la regulación actual.

El art. 314/24 establece, en su párrafo 3°, = que "si uno de los cónyuges muere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo la adopción puede ser = igualmente ordenada a instancia del otro cónyuge". Esta adopción podrá ser concedida en el caso de que subsistan unas condiciones indispensables:

(102) Idem. pag. 317 y nota 4.

a) Que se haya verificado el término mínimo del affidamento.

b) Que los cónyuges al tiempo de la muerte de uno de ellos llevasen casados al menos cinco años y no estuviesen separados ni siquiera de hecho.

c) Que los cónyuges hayan sido considerados idóneos para educar la prole. (103)

En general esta circunstancia es considerada como excepcional por la doctrina teniendo "como fundamento hacer gozar al menor el "beneficio" de la legitimidad, evitando al mismo tiempo la interrupción dolorosa de una relación ya iniciada" (104)

Esta excepción a la regla general de que en la adopción especial los adoptantes deban ser cónyuges, encuentra su justificación en el espíritu de toda la ley sobre adopción especial que supone "insertar al menor abandonado en un nuevo núcleo familiar, considerando familia válida solo la constituida por una pareja de cónyuges"

(103) PROTETTI, ETTORE. "Commentario teorico-pratico al Codice civile " diretto da DE MARTINO, Vittorio. = Lib. I "Delle persone e della famiglia". Edizioni Pem. Roma 1972. pag. 570.

(104) BESSONE, Mario, op. cit. pag. 93.

ges en la cual coexistan una figura educadora masculina= y otra femenina. El legislador ha excluido la aplicabili- dad de la adopción especial en el caso de carencia ini- cial y originaria de uno de los dos indispensables compo- nentes de la pareja, pero no puede quedar sin una adecua- da consideración la eventualidad de la ausencia sobreve- nida de un miembro de la pareja cuando ya ha tenido lu- gar la inserción del menor en el núcleo affidatario y ha comenzado a producir sus efectos positivos. De otra mane- ra -por garantizar abstractamente el derecho del menor a una familia normal- podría quedar profundamente traumati- zado, destrozando un vínculo ya instaurado y volviendo a crear aquella situación de abandono que se quería supe- rar con la adopción. En la alternativa entre sacar al = menor del nuevo núcleo familiar... y consentir el perfec- cionamiento del vínculo ya instaurado, aunque falte uno= de los adoptantes, el legislador no podía sino elegir la segunda vía en interés del menor" (105)

Una Sentencia de fecha 5 de diciembre de 1970, de la Corte d'Appello de Venecia, nos demuestra hasta = qué punto es válida en Derecho italiano la adopción pós-

(105) MORO, Alfredo Carlo.- "L'adozione speciale". op. = cit. pag. 335.

tuma en base al art. 314/24 parr. 3° del Codice civile =
(106)

El resumen de la solución dada por la Corte =
d'Appello es el siguiente: "A pesar de la muerte o inca-
pacidad de uno de los cónyuges, ocurrida durante el affi-
damento preadottivo, ha lugar, mediante solicitud del =
cónyuge superstite o capaz, a la declaración de adopción
especial respecto de ambos cónyuges, y no de uno solo de
ellos".

La Corte d'Appello resuelve así el supuesto =
planteado: "La reclamante intenta conseguir la modifica-
ción de la disposición emanada del Tribunal de Menores...
para la adopción especial del menor R.B. promovida por =
la solicitante y también por su marido, ahora fallecido,
y lamenta que la adopción haya sido declarada solamente=
respecto a ella.

Mantiene que, en disconformidad con el procedi-
miento impugnado, la adopción especial debe ser pronun-
ciada respecto de ambos cónyuges, para los cuales fué =
emitida la disposición de affidamento, careciendo de re-

(106) En "Giurisprudenza di merito", 1971,1,105

levancia la muerte de uno de ellos.

La impugnación se basa en la disposición del = párrafo 3º del art. 314/24 que contempla el caso de muerte o incapacidad de uno de los cónyuges durante el affidamento preadottivo y... el cumplimiento de uno de tales eventos no incide sobre el desarrollo ulterior del procedimiento de adopción especial y no elimina automáticamente la posibilidad de pronunciar la adopción, no solo en favor del cónyuge superstite o capaz, sino también res--pecto de aquél muerto o devenido incapaz.

Y semejante tesis encuentra apoyo válido y fundamental ante todo en la dicción textual de la norma examiorada.

No cabe duda que las disposiciones de estas expresiones tienden explícitamente a manifestar el intento del legislador de excluir un efecto negativo, respecto a la adopción especial, de los dos supuestos considerados.

La locución de la disposición que se discute = establece de manera evidente que "la adopción puede ser= igualmente ordenada" también si "uno de los cónyuges muere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo", lo cual lleva a la conclusión de que la disposición de = adopción especial que el Tribunal debe pronunciar en el= sentido del parr. 1 del mencionado art. 314/24 necesaria

mente respecto de ambos cónyuges, puede ser también e ==
"igualmente" pronunciada no obstante haberse producido =
uno de los eventos (muerte o incapacidad).

La ratio de la norma parece obvia y evidente, =
ya que la disposición intenta evitar que el menor, ya =
acoplado finalmente en una familia idónea, sea dolorosa-
mente separado de dicha familia adoptiva, en la cual han
tenido ocasión de cimentarse y consolidarse los lógicos =
sentimientos de recíproco afecto.

Y teniendo en cuenta tales consideraciones el
legislador ha considerado la oportunidad de admitir la =
adopción especial para ambos cónyuges, con el concurso =
del resto de los requisitos indispensables, aunque la =
presencia física o la capacidad legal de uno de los ==
adoptantes no subsista ya.

La adopción especial puede identificarse fácilme
nte con la exigencia de crear, a beneficio del menor =
abandonado, privado de otros afectos y de tutela moral y
material, una adecuada, eficiente y válida familia.

Y la única familia que la nueva figura de la =
adopción toma en consideración es la constituida por ==
unos cónyuges, con lo cual el nuevo instituto tiende a =
reproducir el mismo ambiente que, conforme a la naturaleza

za, se ofrece a la prole. La adopción especial pretende insertar al menor privado de otros apoyos en el núcleo = representado por los cónyuges que deben asistirlo y educarlo, como un hijo.

Para sustituir a los padres por naturaleza, la institución en cuestión da relieve y valor al propósito unitario de la pareja de adoptantes de asumir la posición de aquellos que, salvo el caso de fuerza mayor, no están capacitados para desempeñar el papel reservado por las leyes de la naturaleza.

Excluida la aplicabilidad de la adopción especial en caso de falta inicial de uno de los indispensables componentes de la pareja, no se debe restar importancia y no puede escapar a la atención del legislador = el evento de una ausencia sobrevenida de uno de los sujetos que constituyen la pareja adoptante.

Aunque el legislador haya rechazado la hipótesis de aplicación de la adopción especial en el caso de falta originaria de uno de los componentes de la pareja, no puede dejar de regular el supuesto de la ausencia de uno de los cónyuges adoptantes posterior a la iniciación del proceso...

En la configuración de este instituto según la

tradicional y siempre actual definición natura enim imitatur, no puede dejar de contemplarse la fatal eventualidad de la muerte o incapacidad de uno de los cónyuges == adoptantes. Y la función particular de la nueva relación que intenta ofrecer al menor un completo núcleo familiar, impone una específica y coordinada regulación de tales = eventos...

Acaecida la muerte o la incapacidad de uno de los cónyuges adoptantes el legislador no podía más que, u ordenar la interrupción automática de la relación, == truncando así el vínculo constituido entre los protagonistas del procedimiento, desarraigando nuevamente al == adoptando del núcleo familiar en el que había comenzado= a vivir, o admitir la continuación sin alteraciones del procedimiento y la consecución de idénticos efectos... = consintiendo que la adopción especial mantuviese, al menos idealmente, inmutable su función basilar y reprodujese también a pesar del lamentable acontecimiento, la semejanza con la familia natural, en la cual obviamente, = la muerte de uno de los progenitores después de la concepción del hijo no modifica de ningún modo los vínculos jurídicos y determina más bien un mayor robustecimiento= de los vínculos afectivos entre los superstites.

La solución ofrecida no puede ser más que o la caducidad de todos los actos y la abolición de cualquier

vínculo entre los superstites, o la prosecución de la relación ya consolidada...

En realidad, no cabe duda que el legislador ha querido atenerse a la única de tales soluciones que sin incidir sobre el aspecto jurídico de tales situaciones = respeta también los sentimientos que en ese medio tiempo pueden surgir entre los interesados en la continuación = del affidamento preadottivo.

Y por esto ha permitido que si uno de los cónyuges muere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo, la adopción puede ser "igualmente" ordenada a instancia del otro cónyuge.

La cierta y precisa expresión de tal norma, manifiesta de modo inequívoco la firme voluntad del legislador de admitir también en el caso examinado la posibilidad de conseguir la emanación de la misma disposición = de "adopción" a pesar de que uno de los cónyuges esté = eliminado física o jurídicamente de la relación...

Esta Sentencia trata, como ella misma recoge = en uno de sus párrafos el problema planteado por la muerte de uno de los adoptantes con posterioridad al affidamento y resuelto por el Codice civile en el tantas veces mencionado art. 314/24 parr. 3°.

Entiende la Corte de Apelación de Venecia que= la adopción que se pronuncia una vez producida la muerte de uno de los adoptantes es igual -y recalca esta particularidad en varias ocasiones- que la que tiene lugar en condiciones normales, sin que se haya producido ninguna= circunstancia extraordinaria.

El comentarista de la Sentencia (107) entiende que el legislador ha escogido la solución más amplia y = favorable entre las tres -y aquí discrepa del texto de = la Sentencia- que se pueden presentar una vez producido= el evento de la muerte o incapacidad; a saber:

a) Considerar imposible completar el iter que conduce a la declaración de la adopción.

b) Considerarlo posible como si no se hubiese= producido ningún acontecimiento de fuerza mayor.

c) Admitir la relación de adopción especial en tre el menor abandonado y solo el cónyuge superstite o = capaz. Esta solución resuelve de modo aceptable únicamen

(107) BAVIERA, Ignazio; "un caso particolare di adozione speciale: decesso o incapacita di uno dei coniugi". Idem. cit. ant.

te el problema que se plantea con la muerte de uno de =
los cónyuges, pero no de aquél derivado de la incapacita-
dad de uno de ellos.

A nuestro juicio el problema quedaría también =
sin resolver si en el caso de declaración de adopción =
únicamente a favor del cónyuge superstite, éste solicita
se la imposición de apellidos del cónyuge premuerto al =
adoptado.

Es evidente que la disposición del art. 314/24
parr. 3º del Codice civile supone una excepción a la re-
gla general en varios puntos:

En primer lugar respecto a la norma estableci-
da en el art. 314/2 que indica que solo unos cónyuges =
pueden ser adoptantes en la adopción especial. Para obte-
ner el affidamento preadottivo es necesaria una expresa =
y precisa voluntad por parte de ambos cónyuges.

En segundo lugar la admisión de la adopción =
póstuma en el sentido que lo hace el Codice civile dero-
ga una regla del Ordenamiento jurídico que supone que =
las cualidades subjetivas de los adoptantes deben perma-
necer inalterables hasta el perfeccionamiento de la rela-
ción. Esto deriva del principio general sobre la capaci-
dad de las personas, y su particular cualidad que puede =

ser impuesta para ciertas instituciones jurídicas.

En el supuesto excepcional en que tales requisitos o cualidades falten, en realidad la construcción = correcta, a juicio del comentarista de la Sentencia es = la que consiste en "instaurar una relación respecto a = una persona que ya no existe, pero como si existiere en el momento de la emanación de la disposición... que a te nor del art. 314/24 parr. 1 se hace con la fórmula "ha = lugar a la adopción" y no aquella otra de "retrotraer la disposición a un momento anterior a la muerte o a la incapacidad sobrevenida: el Auto tiene una fecha cierta e= inmutable, necesariamente posterior a la fecha también = cierta, de la muerte" (108).

Para la posibilidad de declaración de adopción póstuma, es necesaria, a tenor del mismo art. 314/24 parr 3º, una solicitud del cónyuge superstite. Esta solicitud no contempla la posibilidad de una especie de representación respecto al cónyuge premuerto, pero lo que sí supone respecto al cónyuge superstite es la expresión de su propio consentimiento para la constitución de la relación no obstante un suceso tan relevante en la vida de la familia.

(108) Idem. pag. 107.

Lo cierto es que las consecuencias prácticas = derivadas del pronunciamiento de una adopción póstuma = son de gran relieve, y con independencia de la llamada a la sucesión del adoptante premuerto, el adoptado adquirirá el status de hijo de ambos cónyuges adoptantes, en la misma medida que un hijo póstumo.

Al Tribunal de Menores de Bolonia se le planteó una petición de adopción póstuma con la particularidad de que la fecha de la muerte de uno de los adoptantes era anterior a la entrada en vigor de la reforma del Codice civile (ley de 5 de junio de 1967).

El Tribunal entendió que "es posible la adopción especial póstuma en el caso de un cónyuge que haya premuerto, siempre que en el momento de la muerte haya transcurrido el plazo mínimo de affidamento y se hayan cumplido todas las condiciones afectivas y de idoneidad del mismo cónyuge... (109)

"Vista la instancia de la Sra. S.E. la cual solicita, también a nombre del marido T.F., la adopción es

(109) Tribunal de Menores de Bolonia, 2 de julio de 1968 en Giurisprudenza italiana, 1969, 2, 402.

pecial del menor Z.C., nacido el 18 de noviembre de 1958, y affidato por los cónyuges T. el 18 de septiembre de 1959, el marido T.F. muere el 30 de junio de 1963.

La viuda, invocando el art. 314/24 al que hace referencia el art. 6, norma transitoria, de la Ley 5 de junio 1969, n° 431, ha solicitado la adopción especial también en nombre del marido.

El Ministerio público ha expresado su parecer= contrario, al sostener que el marido ha muerto en 1963,= con anterioridad, por tanto, a la Ley de 5 de junio de 1969, n° 431,; que tal excepción no convence al Tribunal en cuanto la expresión "los cónyuges" de la que habla el art. 6 de la norma transitoria comprende también al cónyuge superstite, sin embargo es cierto que tal norma == transitoria en tanto absorba y reciba el procedimiento = de declaración de adoptabilidad ex novo, hace suyo todo= el procedimiento de declaración de adopción especial en base al art. 314/24 y luego también a la hipótesis del = cónyuge que premuere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo.

Que, en efecto el art. 314/24 se remite al art. 314/2, de modo que en la hipótesis del procedimiento == transitorio es necesario que se hayan verificado tres = condiciones: 1°) La duración del matrimonio más de cinco

años; 2º) La duración del affidamento que se equipara al affidamento preadottivo de un año; y de tres si existen hijos legítimos; 3º) La muerte de un cónyuge con posterioridad al cumplimiento mínimo del affidamento preadottivo.

Que en este caso están verificadas todas las hipótesis.

Que inspirándose el Tribunal en el interés preeminente del menor que es la verdadera voluntad de la Ley, parece legítimo y fundamentalmente justo el recurso de la viuda de querer aprovechar la particular condición favorable de la ley para dar el nombre legítimo de quien en vida, había manifestado tal suprema voluntad con hechos incontrovertibles.

Que por la constante jurisprudencia de este Tribunal ha sido ya admitida en el pasado a la viuda tal tipo de adopción.

Que no tiene eficacia el hecho de que el cónyuge haya muerto antes o después de la emanación de la Ley o antes o después del recurso, en cuanto por la norma transitoria, el affidamento o la affiliazione corresponde jurídicamente al affidamento preadottivo, de modo que se verifica puntualmente cuanto afirma el art. 314/24 y

que reproducimos: "Si uno de los cónyuges muere o deviene incapaz durante el affidamento preadottivo la adopción puede ser igualmente ordenada a instancia del otro cónyuge".

Que si de presunta voluntad se debe hablar, = ello va referido no tanto al hecho de que la Ley haya sido o no publicada, sino a que el periodo de affidamento se entiende ex lege como manifestación de voluntad adoptiva.

Que los cónyuges han resultado idóneos para = educar al menor, y la viuda ha demostrado poseer capacidad educativa, capacidad de instruir y de mantener al menor ya inserto en el núcleo familiar".

Respecto a esta Sentencia el comentarista de = la misma entiende, que la veracidad de la situación que se sabe cumplida, el hecho de que el cónyuge superstite = insista en la petición, y sobre todo el prevalente interés del adoptando han permitido al Tribunal dar ese paso adelante.

En el supuesto en cuestión regulado en la Sentencia que se comenta, el Tribunal ha dado un paso ulterior ampliando el valor que la Ley reconoce a la petición de affidamento preadottivo también a situaciones contem-

pladas por la Ley anterior.

Es claro que el Tribunal ha debido hacer un es fuerzo exegético, porque en esta nueva adopción que tiene la intención de insertar al hijo adoptivo en un ambien te familiar, el hecho de la muerte de uno de los cónyuges supone un elemento importante; pero la posibilidad = está prevista por el legislador teniendo en cuenta la vo luntad manifestada inequívocamente también por el difunto mediante la demanda de affidamento preadottivo.

El Tribunal ha querido que el interés prevalen te del adoptando, en presencia naturalmente de todos los otros elementos favorables, debe permitir también este = paso.

La admisión de la adopción póstuma en Derecho= italiano supone una excepción a la regla general, -según la cual la adopción especial debe ser realizada por am-- bos cónyuges-, justificada por el carácter peculiar del hecho y por las evidentes exigencias de tutela del menor.
(110)

(110) En este sentido Vid. EBENE COBELLI, Cristina "Le = adozioni" Ed. CEDAM, Padova, 1981, pag. 80

C.- POSTURA DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y =
DEL NOTARIADO.

Ciertamente la postura mantenida por la DGRN = ha supuesto una argumentación más para aquél sector doctrinal que entiende como momento constitutivo de la adopción el del otorgamiento de escritura pública. Tampoco = admite la DGRN la adopción póstuma que era en el fondo = el tema que se planteaba en todos los supuestos que veremos.

La exposición de las distintas Resoluciones de la DGRN -todas ellas posteriores a la reforma de 1970- = obedece a un orden cronológico, no solo porque este sea = un criterio aceptable a utilizar, sino porque es en la = última de las Resoluciones citadas donde la DGRN modifica su línea de actuación.

La primera de estas Resoluciones es de 22 de = julio de 1972 (111). Los supuestos de hecho se refieren = a una adopción solicitada conjuntamente por unos cónyuges. Fallece el marido durante la tramitación del expediente judicial, aunque con posterioridad a la prestación

(111) Rep. Jurisprudencia Aranzadi n° 4443.

del consentimiento. La viuda pretende que a la adoptada= se le atribuyan los apellidos del marido, lo que equivaldría -a nuestro modo de ver- a la aceptación de la adopción póstuma. La DGRN estima que "fallecido el marido antes del otorgamiento de la escritura pública de adopción plena, y aún antes de la aprobación judicial, la adopción aparece formalizada exclusivamente por la viuda, de modo que no existe error alguno en la inscripción al determinar los apellidos de la adoptada, en completa armonía con lo establecido en el título inscribible y con lo ordenado para la adopción plena por el art. 178 del Código civil".

Un criterio parecido -aunque el supuesto de hecho es diferente- esgrimió la DGRN en otra Resolución = (112) ésta de fecha 8 de junio de 1973 (113). Se planteaba el caso de adopción simple de una mayor de edad, por parte de su tía, para que la adoptada pudiera sucederla= -en su día- en la titularidad de una administración de = lotería, en la que la sobrina trabajaba. Con posterioridad a la aprobación judicial la adoptante muere, sin po-

(112) Posteriormente este pleito dará lugar a una S.T.S. de 6 de febrero de 1982. Vid. infra. "adopción póstuma".

(113) Rep. Aranzadi nº 2756.

sibilidad de otorgar escritura pública, y son los albaceas los que, de acuerdo con la voluntad de la causante, otorgan dicha escritura. El encargado del Registro civil se niega a inscribir dicha adopción. La DGRN entiende = que "la escritura otorgada por los albaceas no sería inscribible, ya que la adopción presupone la vida del adoptante y la facultad de adoptar es de carácter personalísimo".

Considerando "que en nuestro sistema se exige = como forma esencial de la adopción que ésta se otorgue = en escritura pública... el requisito de la aprobación judicial, necesario para la adopción, no presupone por sí, siempre y necesariamente, un acto ya perfecto...".

Considerando "que, una vez recaída la aprobación judicial, quien la ha solicitado como futuro adoptante puede persistir en su propósito, otorgando la oportuna escritura o desistir de él, sin que para nada quede obligado por el auto judicial aprobatorio, por lo que, = hasta tanto se presente el necesario consentimiento y = precisamente en escritura pública no puede considerarse constituida la adopción".

Con estas argumentaciones la futura adoptada = se vió privada de los posibles beneficios, sin que existiera ningún provecho para nadie, máxime cuando el resto

de los posibles llamados a la herencia habían renunciado a sus derechos en favor de la adoptada, por saber el deseo y la última voluntad de la causante.

La última de las Resoluciones a que hacemos referencia es de 16 de mayo de 1974 (114), y con ella la DGRN marca un nuevo rumbo en sus orientaciones y rompe con toda la línea de actuación seguida hasta ese momento, atendiendo más a la voluntad del adoptante, que a una interpretación literal de la ley, lo cual permite una mayor flexibilidad, y una puerta abierta hacia esa futura posible aceptación de la adopción póstuma.

El supuesto de hecho es muy similar al primero, ya que se trata de adopción plena de una menor realizada conjuntamente por unos cónyuges con quienes la menor había convivido desde su nacimiento. Muere el marido antes de otorgar la escritura, siendo otorgada por su viuda, pero solicitando ésta que a la adoptada se le imponga como primer apellido el del marido muerto. Subyace aquí, como en el primer supuesto, una declaración de adopción póstuma.

(114) Anuario DGRN, 1974 pags. 334 y ss.

Dada la importancia que nos parece que tiene =
esta Resolución, vamos a hacer referencia al Auto del =
Juzgado de Primera Instancia que es ante quien se hace =
en primer lugar la petición y que estima que "aparece =
acreditada la voluntad de don D.R.C. (adoptante falleci-
do) de adoptar a la menor M.M.A.P. y de imponerle como =
primer apellido el suyo propio, y si la muerte del señor
R. impidió que se otorgara la correspondiente escritura=
de adopción, tal hecho no puede ser obstáculo a que en =
la adopción pretendida por la viuda del señor R. se im--
ponga a la adoptada como primer apellido el del difunto=
porque, en primer lugar, así lo solicitan ambos; en se--
gundo lugar, porque, según se ha dicho, así lo quiso el
fallecido señor R.; en tercer lugar, porque la menor ha
convivido desde su nacimiento con los cónyuges adoptan--
tes, de cuya convivencia ha derivado una situación de pú
blico reconocimiento para la menor, que se vería desauto
rizada al no imponérsele como primer apellido el de quien
aparecía como su padre, con el consiguiente perjuicio mo
ral, y en cuarto lugar, porque, accediendo a lo que se =
pide en este extremo no se causa perjuicio a tercero, =
sin que, por otra parte, haya precepto legal alguno que
prohiba tal pretensión, antes bien la amplitud con que =
se regula la sustitución de los apellidos en la adopción
simple (art. 180, 2 C.c.) autoriza a la interpretación =
amplia de la materia que se ha hecho al autorizar la pe-
tición del solicitante".

El encargado del Registro civil suspende la inscripción de la adopción por entender, fundamentalmente, que el art. 178,3 del Código civil establece que el "adoptado, aunque constare su filiación, ostentará como= únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes", y = que la imposición del apellido R. a la adoptada violaría el art. 178.

Apelando ante el Juzgado de Primera Instancia, éste estima el recurso, acordando la inscripción de la = adopción con la imposición del primer apellido R.

Contra este Auto se alza ante la DGRN el Fiscal Municipal pidiendo que se revoque el mismo con reposición del que en su día dictó el Encargado del Registro civil.

A esto contesta la DGRN considerando que "en = este recurso se plantea una cuestión de fondo: si puede= imponerse a la adoptada como primer apellido el del marido de la adoptante a pesar de que éste murió antes de la escritura de adopción en forma plena, aunque después de= haber solicitado con su mujer al Juez la adopción plena= y conjunta y con imposición a la adoptada de los apellidos de ambos...".

Sigue diciendo la DGRN, respecto a la aludida=

violación del art. 178 del Código civil "toda interpretación legal, si bien debe apoyarse en los términos en los que se manifiesta el mandato, pues de él son vehículo y testimonio autorizados, debe inquirir sobre todo cual = sea, dentro del total ordenamiento jurídico, la "ratio" = y finalidad del precepto, lo que equivale a descubrir = más allá de las palabras, el verdadero alcance de la norma que con ellas se expresa". "La necesaria suavización = finalista de los términos del precepto podría así permitir que la adoptada continúe un apellido, el del marido de la adoptante, que por ser apellido que denomina a una familia concreta lo es también de la mujer casada, aunque enviude, cuando, además la nueva relación de filiación y apellidos que la adopción cuestionada establece = -al dar, en la medida posible, investidura jurídica a = una previa integración de hecho de la adoptante, en vida de ambos cónyuges, en la familia por ellos constituida = no contradice, sino que todo lo contrario, confirma, más allá de la muerte, la fidelidad a la memoria del marido, cabeza de tal familia y que, en vida, consintió expresa = y solemnemente la imposición del apellido".

D.- RECIENTE POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La postura mantenida por el Tribunal Supremo = -y la del resto de los Tribunales en general- ha sido = muy similar a la de la Dirección General de Registros y

del Notariado, en el sentido de la no admisión de la ==
 adopción póstuma -que aunque laguna legal en nuestro Or-
 denamiento, se ha planteado su admisión en algunas oca--
 siones a los Tribunales- en base a que la escritura pú--
 blica es el momento verdaderamente constitutivo en la =
 adopción. A pesar de haber sido ésta la línea directriz=
 de la postura mantenida por el Tribunal Supremo, ha sido
 recientemente modificada, como ahora veremos. Las Sentenu
 cias del T.S. -o de otros Tribunales- a que hagamos refeu
 rencia, son posteriores a la reforma de 1970, por enten-
 der que es a partir de ella, cuando se puede mantener =
 más fundadamente la posibilidad de una aceptación de la=
 adopción póstuma.

La primera de las Sentencias a que haremos re-
 ferencia es de 29 de septiembre de 1975 (115) y se plan-
 teaba el problema de la validez de una adopción ya que=
 la escritura pública había sido otorgada por medio de un
 mandatario. El Tribunal Supremo, a la vez que rechaza la
 validez de esa adopción -en el momento de otorgarse la =
 escritura pública habían transcurrido 44 días desde la =
 muerte del mandante- hace una especie de declaración de=
 principios sobre el carácter constitutivo de la escritu-

ra pública, en la cual hace residir toda la validez de la adopción, rechazando asimismo, en uno de los Considerandos, la postura doctrinal que pretende de lege ferenda la supresión de la escritura pública y la consiguiente aceptación de la adopción póstuma.

Afirma el Tribunal Supremo en el primero de los Considerandos: "Que según los términos de la legislación vigente... la adopción ofrece un marcado carácter contractual "sui generis" que además del consentimiento del adoptante y del adoptado, o en su caso su representante legal, requiere la previa autorización judicial que se concederá si estima el Juez que procede según Derecho... y que es útil al adoptando, ordenando el citado art. 1831 que se entregue a los interesados el oportuno testimonio "para el otorgamiento de la correspondiente escritura" con lo cual queda bien clara la finalidad concreta de las actuaciones en cuya virtud no es admisible la posición de la parte recurrente por la que se convertiría en inútil el trámite final de la ratificación de la voluntad de las partes en la escritura pública hasta cuyo momento puede cambiar; ... cualquiera que sea el criterio que se tenga en Derecho constituyente sobre la conveniencia de cambiar el sistema y que por afectar al "status" personal y familiar fuera más propio resolverlo por decisión estrictamente judicial, es lo cierto que tal criterio no pasa de plantear un problema de "lege fe

renda" que no es éste el cauce idóneo para resolver; y =
 que en Derecho constituido es la escritura pública la =
 única que contiene la manifestación de la voluntad vincul
 ante de las partes".

En el segundo de los Considerandos, el Tribu--
 nal Supremo rechaza la petición de la recurrente, respect
 to a la admisión de la adopción póstuma, pero basándolo=
 únicamente en la teoría sobre el mandato. "... habiéndo=
 se conferido el poder para el otorgamiento de la escritur
 a de adopción y utilizado por el mandatario, en el sent
 tido amplio del art. 1709 del C.c., 44 días después del
 fallecimiento de la mandante, había quedado extinguido =
 el mandato conforme a lo dispuesto en el n° 3 del art. =
 1732 del C.c., y el mandatario no podía suplir por su =
 cuenta, ni sustituir, una voluntad que ya no podía conoc
 cerse por haber fallecido la persona a quien se atribuye,
 sin que, a los efectos del art. 1738 del propio cuerpo =
 legal, se haya declarado probado que el mandatario ignor
 aba la muerte del mandante, ni sería presumible dado el
 largo tiempo transcurrido, ni es admisible en atención =
 al cambio de circunstancias que motivaron la adopción =
 que fué proyectada por un matrimonio que en aquel moment
 o había disuelto la muerte de uno de los cónyuges..."

Aunque el enunciado de este apartado haga refer
 encia a la postura del Tribunal Supremo en el tema de =

la adopción póstuma, la dirección del Alto Tribunal ha sido la misma que la sostenida en esta última Sentencia, hasta fechas muy recientes; concretamente hasta la Sentencia de 7 de febrero de 1982. No obstante ésto, el tema de la posible admisión de la adopción póstuma se ha planteado ante nuestros Tribunales. Para dar cuenta de ello vamos a hacer referencia a dos Autos - el primero de 24 de octubre de 1969 del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Madrid, y el segundo de 17 de julio de 1981, éste de la Audiencia de Madrid, concretamente de su Sala 2°- que nos parecen de capital importancia dado que en ambos, aún a pesar de reconocer la laguna legal existente en nuestro Ordenamiento respecto a la adopción póstuma, admiten la misma para el supuesto planteado, con base en las argumentaciones que a continuación veremos.

El supuesto de hecho que dió lugar al Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 4 de Madrid de fecha 24 de octubre de 1969, se puede resumir de acuerdo con los siguientes puntos:

1°) El matrimonio compuesto por D.F.S.F. y Dña. J.O. instan conjuntamente expediente de adopción plena a favor de la menor M.G.S. "con todas las consecuencias legales que la misma lleva consigo".

2°) Don F.S.F. fallece el 29 de junio de 1967,

con anterioridad a la aprobación judicial de la adopción, pero siendo su voluntad adoptar plenamente a la menor, = como lo justifica el testamento del causante, y el acta= de notoriedad otorgada ante el Notario D. A.Q.B. en la = que consta el "deseo para adoptar a la niña M.G.S. con = todos los derechos y obligaciones, plenamente, entre == otros el de llevar como apellidos los de D. y O."

3º) Continuada la tramitación del expediente = por la viuda Dña. J.O., y dando traslado del mismo al Mº Fiscal, éste no se opone a la adopción de la menor por = Dña. J.O. ya que el expediente cumple los requisitos exi= gidos por el C.C.

4º) El problema se plantea por la petición que hace Dña. J.O. de que la adopción se realice no solo con efectos respecto a ella, sino por lo que pueda afectar a su esposo, difunto, especialmente en lo que se refiere a la imposición de apellidos, para que conste, respecto a la menor adoptada, los de ambos cónyuges y no solo los = de ella.

5º) Es respecto a este último punto al que se= refieren los Considerandos del Juzgado de Instancia, y = que por parecernos de sumo interés transcribimos en aque= llos puntos que nos parecen fundamentales dado que apor= tan un nuevo criterio por lo que se refiere a la admisión

de la adopción póstuma en nuestro Derecho, máxime teniendo en cuenta que el Auto de referencia es anterior a la reforma del Código civil de 1970.

Considerando que si bien nuestro Código civil, reformado por la Ley de 24 de abril de 1958 en materia de adopción, no prevé el supuesto de la llamada "adopción póstuma", es decir el de la autorización de ella a nombre de la persona fallecida en tanto se cumplen los plazos legales establecidos entre el inicio del expediente y su terminación... es también cierto que no existe ninguna norma positiva que tal cosa prohíba, por lo que en virtud del principio jurídico de libertad, permisión de lo no expresamente prohibido, habrá que estimar tal situación normativa como ausencia de tal o como un supuesto de existencia de laguna legal, debiendo corresponder al Juez el determinar, no caprichosamente, sino con obediencia a criterios jurídicos objetivos, deducibles del total orden jurídico vigente, si la situación planteada postula una situación de acuerdo con lo pedido.

Considerando que por ello es razonablemente atendible, como fundado en el criterio objetivo del fin de la Ley, el argumento de que, caso de figurar solo como adoptante la viuda, el apellido o apellidos que ella pueda imponer, al ser únicamente los de ella, determinará una minoración en el crédito social de la adoptada, =

al menos mientras subsistan los hábitos, modos de vida y costumbres vigentes, que si a veces son opuestos al sentido profundo y verdadero de la personalidad y auténtica dignidad humana, tienen en la realidad social una vigencia que el Juez no puede desconocer y menos despremiar = olímpicamente en sus efectos, como no puede desconocer = los resultados que en la práctica puede provocar su resolución (criterio pragmático).

Considerando que juega también aquí una razón= de analogía "legis", fundada en el tratamiento que el Código civil adopta en su artículo 137 (116) para el reconocimiento "póstumo" de hijos naturales, al permitir el mismo en el supuesto de que "después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento del que antes no se hubiere tenido noticia, en el que reconozca = expresamente al hijo" (ap. 2º), criterio legal que es correcto aplicar al caso presente de adopción, sobre todo= si se conecta con el efecto exclusivamente beneficioso= que ésta produce, por ausencia de intereses contrapuestos.

(116) En la actualidad reformado por haber desaparecido= del C.c. la categoría de los hijos naturales. No = obstante, la argumentación nos parece perfectamente válida, y de ahí que hayamos transcrito el Considerando.

Considerando que, y éste es solo un argumento="ex abundantia", el criterio comparatista suministra un precedente autorizado en el art. 366 del Código civil = francés (117) para el que la adopción póstuma tiene lugar cuando el adoptante fallece antes de terminar las = formalidades del procedimiento, pero después de haber = presentado la solicitud de homologación, en cuyo caso la adopción prosigue hasta la aprobación por el Tribunal, = si ha lugar; solución legislativa que es de tener en == cuenta también, como muestra de una dirección de derecho positivo autorizada, muy de acuerdo, por latina, con la nuestra.

Considerando que una razón de equidad aconseja igualmente no frustrar, de seguir un criterio legalista= estrecho, una voluntad humana tan auténtica y paladina--mente exteriorizada en el testamento del Sr. D.F., máxime cuando no hay un absoluto perjuicio a tercera persona, y para evitar, por lo mismo, que la obtención de un beneficio pueda ser causa de un perjuicio.

(117) Entendemos que está haciendo referencia, dada la = fecha del Auto, a un artículo reformado. En la actualidad, el artículo del Code civil que recoge este tema es el 353,2.

Considerando que todo lo expuesto reconduce a una solución de acuerdo con lo solicitado, lo que no implica, como decía la Sent. del T.S. de 6 de diciembre de 1912 para otro supuesto, "confundir las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que no = ocurre así, porque el Juzgador, valiéndose de las resoluciones de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita a aplicar principios jurídicos = más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes", lo que, de otra forma dicho, no es más que = cumplir con la misión judicial y jurisprudencial, que = consiste no solo en declarar o formular el derecho, sino también en conformarlo, sea con base en la Ley, con la = Ley (secundum legem), o, en su caso, más allá de la Ley (praepter legem), desarrollando ésta mediante el aporte = judicial del caso concreto, trozo de la realidad que postula una solución en derecho, dentro del orden jurídico = vigente, y con alcance particular a la situación dada.

Vistos los artículos legales citados y demás = disposiciones de general aplicación... Se aprueba y autoriza la adopción plena de la menor, hasta ahora llamada = M.G.S., por los cónyuges D. F.S.F. y Dña. J.O., si bien = respecto al primero, con carácter de adopción póstuma y a efectos de imposición de su apellido en la escritura =

notarial que se le autorizará con base en esta resolución.

Queremos insistir en que nos parece importantísima la solución dada a este supuesto, no solo por la admisión de una adopción póstuma, sino también porque se = da en un momento legislativo en el que todavía no se ha- bía producido la reforma de 1970, reforma que a juicio = de la mayor parte de la doctrina -y así lo expresaba la misma Exposición de Motivos- supuso una ampliación de = las posibilidades de adopción y un reforzamiento de la = institución misma.

Los antecedentes de hecho que dieron lugar al= Auto de la Audiencia de Madrid, se pueden resumir en los siguientes puntos:

1º) El Juzgado de Primera Instancia de Madrid, dicta Auto con fecha 4 de diciembre de 1980 desestima la solicitud según la cual se instaba la adopción plena del menor F.F.V. por Dña. A.R.E. como póstuma.

2º) Contra dicho Auto se interpone Recurso de Apelación por parte de la Exma. Diputación Provincial de Madrid. La Sala de la Audiencia estima el recurso de Apelación revocando el Auto del Juzgado de Primera Instan-- cia.

Transcribimos aquella parte de los Considerandos que entendemos es de importancia para el tema objeto de estudio.

Considerando que por la Excma. Diputación Provincial de Madrid se insta expediente de adopción plena del menor, sin representación, F.F.V. cuya adopción recaba sobre Dña. A.R.E. y fué autorizada y otorgada la pertinente licencia por el Juzgado de Primera Instancia... no pudiéndose otorgar la correspondiente escritura por el hecho nuevo y posterior a la aprobación judicial, del óbito de la solicitante...

Considerando que el Juzgador de Instancia estima legalmente inexistente la adopción póstuma, y asimismo considera que es precisamente cuando se otorga la escritura pública cuando auténticamente se celebra el negocio jurídico de la adopción, por lo que no aprueba "la adopción plena del menor F.F.V., hijo de padres desconocidos, por Dña. A.R.E. como póstuma". Resolución denegatoria de la adopción cuyo fundamento concisamente se enunció que para su debido análisis e impugnación precisa de las siguientes puntualizaciones: A) Que la adopción plena de que se trata la solicitó la citada Dña. A.R.E. en idóneo procedimiento de jurisdicción voluntaria, y fué judicialmente aprobada por Auto de 7 de enero de 1980 expidiéndose el correspondiente testimonio, firme =

ya el auto, el día 14 del susodicho mes y año; B) Que la mencionada Sra. R.E. falleció a los pocos días, el 1° de febrero del año 80, sin que se hubiese otorgado la escritura de adopción; ...

Considerando que aún difícil de determinar el momento en que la adopción se perfecciona, pueden no obstante concretarse los tres elementos constitutivos que la integran; aprobación judicial, escritura pública e inscripción en el Registro civil (arts. 173 y 175 del C.c.), el requisito de la escritura pública es el que aquí interesa, como expresión del consentimiento de la adopción. Ahora bien ante la posibilidad de que por cualquier evento, muerte, cual acontece en el supuesto contemplado, materialmente impida la ratificación ante Notario del consentimiento que judicialmente se prestó, aunque la Ley efectivamente nada al respecto disponga, dicha laguna no va a redundar precisamente en perjuicio de los que por su personal condición, menores, desvalidos, sin familia, ha de brindárseles particular protección, tratando de solucionar dificultades y cuestiones que se susciten, con criterios flexibles y de equidad más conformes con el espíritu de la Ley, máxime de la que regula la adopción plena; en definitiva el personalísimo e ineludible consentimiento para la adopción ya se hizo bien patente y se prestó ante el Organo Jurisdiccional competente, de aquí el que la adopción se confiera con

el caracter de póstuma, por no poder concurrir la adoptante a ratificar su consentimiento en la escritura pública que al efecto se otorgue.

Considerando que independientemente del origen y naturaleza jurídica de la adopción, no cabe desconocer la gran trascendencia social y benefactora finalidad que anima a dicha institución, de aquí el resurgimiento y = grandes proporciones que va teniendo en casi todas las = Legislaciones... precisamente por su contenido y finalidad eminentemente social y humana no consiente rígidas = actitudes y rigoristas interpretaciones que dificulten e impidan la aplicación de tan beneficiosa normativa.

El Tribunal Supremo, como hemos apuntado anteriormente, ha seguido una línea de actuación en el sentido de considerar como requisito indispensable para que = la adopción produzca sus efectos el otorgamiento de escritura pública, dado lo cual si uno de los adoptantes = -o el adoptante- fallecía con anterioridad al otorgamiento de esta escritura, la adopción no podía tener lugar.= Esto ha sido así hasta la Sentencia de la Sala 1º del = Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 1982, según la cual es aceptada una adopción póstuma ya que la adoptante había fallecido antes de otorgar la escritura pública pero con posterioridad a la aprobación judicial.

Los hechos a que hace referencia la Sentencia de 6 de febrero de 1982 pueden quedar resumidos de la siguiente manera:

1º) Dña. Consuelo A.G., soltera, mayor de edad, otorga testamento abierto el día 29 de enero de 1971. =
Nombra heredera universal a su hermana Dña. Mº Dolores =
A.C. y albaceas a D. Carlos O. y a D. Ramón A., con am--
plias facultades, entre ellas: "Cumplir y pagar cuales--
quiera obligaciones legítimas" contraídas por la testadora, y "representarla en toda clase de juicios, contratos y actos ya sean públicos o privados, judiciales y extra-judiciales...".

2º) En abril de 1972 Dña. Consuelo A.G. insta=
expediente de adopción simple en favor de su sobrina Dña. Lucía A.C., adopción aprobada judicialmente mediante Auto de 16 de mayo de 1972.

3º) El 18 de mayo de 1972 fallece repentinamente Dña. Consuelo A.G. sin poder otorgar, por tanto, la =
escritura notarial de adopción.

4º) Los albaceas, funcionados en las amplias fa--
cultades consignadas en el testamento y en el cargo con-
ferido, otorgan la escritura en nombre de la adoptante =
ante Notario en Madrid el 20 de junio de 1972.

5°) Promovida la inscripción registral, ésta = es denegada por no ser la adoptante la que otorga la escritura, Se entabla recurso ante el Juzgado de Primera = Instancia, que declara no haber lugar a la inscripción = en el Registro civil mediante Auto de 10 de octubre de = 1972. Se recurre ante la Dirección General de los Registros que confirma el fallo del Juzgado de Primera Instancia mediante Resolución de 8 de julio de 1973.

6°) Previo a estas últimas actuaciones la instituida heredera Dña. M° Dolores A.G., en julio de 1972, repudia la herencia pura y simplemente, haciendo constar que conocía la voluntad de su hermana de que la sobrina= adoptada le sucediera en todos sus derechos.

7°) Ante estos hechos, la adoptada Dña. Lucía= A.C., mayor de edad, entabla juicio declarativo de filiación adoptiva ante el Juzgado de Primera Instancia suplicicando se declare la plena validez y eficacia de la adopción, así como la validez y eficacia de la escritura pública, y se ordene la inscripción de la adopción en el = Registro civil correspondiente. La demanda es rechazada= en ambas instancias.

El recurso de casación se interpone el 8 de mayo de 1980 basado en dos motivos. El primero se refiere= a la interpretación errónea del art. 175 del C.c. funda-

do en que la escritura notarial no es constitutiva de la adopción. El segundo, interpretación errónea de los arts. 901 y 902 del C.c., por entender que los albaceas otorgaron válidamente la escritura, en virtud y conjugando las facultades testamentarias conferidas y la clarísima voluntad de adoptar (aprobación judicial), amén de la renuncia de la heredera y de que todos los interesados parientes se allanaron a la demanda.

Hay que hacer notar respecto a esta Sentencia= el hecho de que el Tribunal Supremo no entrase a conocer en realidad del fondo del asunto (a nuestro juicio el carácter constitutivo o no de la escritura de adopción) limitándose simplemente a la determinación de si la escritura pública otorgada por los albaceas era válida en base a los poderes conferidos a éstos por la causante en su testamento. No obstante esta precisión nos parece interesante la transcripción de alguno de los Considerandos de la Sentencia porque en definitiva el Tribunal Supremo entendió como válida esta adopción póstuma.

Considerando que dadas las circunstancias que= en el caso concurren, es decir, la de ser un supuesto en el que realmente no se discute la validez del auto judicial aprobatorio de la adopción y la eficacia aislada = del mismo -sin escritura subsiguiente- sino la de la = otorgada por los albaceas, lo correcto y procedente es =

examinar el motivo segundo, relativo a ese tema, y que =
verdaderamente determina la procedencia o improcedencia=
del estudio y tema del motivo primero, según el resulta-
do o solución que se de al segundo.

Considerando que en este punto se puede declara-
rar anticipadamente la viabilidad del motivo segundo, y
con él la del recurso por las siguientes razones: a) por
que sin entrar en la polémica doctrinal acerca de la na-
turaleza jurídica del albaceazgo... hay que tomar como =
base de una justa solución la constituida por la existen-
cia clara e indubitada de una voluntad benefactora mani-
festada en el expediente judicial de adopción -verdadero
núcleo de este instituto- voluntad a cuya luz hay que en-
focar la actuación de los albaceas, si es que se quiere=
evitar la distorsión de un acto jurídico complejo no es-
trictamente patrimonial, sino teñido de elementos y con-
notaciones morales y sociales, entre ellos el fundamen-
tal de estar concebido en beneficio del presunto adopta-
do; b) porque si bien es cierto que el albacea no es en
términos técnicos un mandatario ni un representante (no-
se puede representar a un fallecido), también lo es que
es admisible y no repugna a la conciencia jurídica, con-
figurar el albaceazgo como una especie de representación
"ex officium"... y al albacea como un "vir bonus" ejecu-
tor e integrador de intereses no exclusivamente patrimo-
niales, tal es el caso de autos, en el que además la au-

sencia de conflicto u oposición privada, excluye cualquier extralimitación o defensa de móviles bastardos; c) porque si se puede lícitamente -porque no hay norma en contra- encomendarse de modo expreso al albacea la facultad de otorgar en nombre del testador escritura de adopción, es también razonable admitir a tal efecto la otra forma de representación, más que tácita presunta, pero inequívoca, manifestada de clarísimo modo en el testamento, conjugado con el expediente de adopción, tal como entendieron los albaceas y el Notario autorizante de la escritura de adopción, con facultades para ello en virtud de la misión conferida en el testamento... fórmula evidentemente justificativa en Derecho para legitimar el acto de la escritura en cuanto con él se cumplía la voluntad de ser representada "post mortem" en un acto que ella no pudo realizar, pero que evidentemente hubiera hecho si la muerte no lo hubiera impedido... e) porque no es inoportuno decir que los jueces y tribunales de justicia han de ser también tribunales de amparo de las personas indefensas, entendiendo aquí por indefensión aquel estado de una persona que ve frustradas sus legítimas expectativas por el acaecimiento de un acto de fuerza mayor como es la muerte de la adoptante sin llegar a otorgar escritura pública de adopción, y cuya voluntad ha de presumirse fundadamente que persistiera hasta la realización de ese acto formal.

En la segunda sentencia se procede a declarar="la plena validez y eficacia de la adopción de Dña. Lucía A.C. llevada a cabo por Dña. Consuelo A.G., así como la validez y eficacia de la escritura pública de adopción otorgada por los albaceas testamentarios de la adoptante el día 20 de julio de 1972, ordenando su inscripción en el Registro civil.

7.- INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL

Una vez aprobada judicialmente la adopción y = otorgada la correspondiente escritura pública, deberá = practicarse la inscripción de la adopción en el Registro civil correspondiente, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 175 del Código civil. El párrafo 2º de este mismo artículo establece que "el Registro civil no publicará, a partir de la adopción dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera= de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro civil, no podrá expedirse certificación literal".

El mismo Código civil remite a la legislación= del Registro civil como complementaria en este tema, y = la Ley del Registro civil (en adelante LRC) en su artículo 1º establece que "se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros

que determina la ley... 2° la filiación".

El Registro civil competente para esta inscripción es el del lugar de nacimiento del adoptado ya que, aunque nada dice la ley concretamente se deduce del tenor literal del art. 46 LRC en el que se establece que la inscripción de la adopción se deberá hacer al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. Esto viene determinado por la "accesoriedad de los asientos de filiación respecto al de nacimiento y el principio de la unidad de folio determina que sea competente el Registro en que se halle inscrito el nacimiento del hijo adoptivo" (118)

En cuanto a las circunstancias, a falta de precepto expreso hay que acudir al art. 35 LRC según el cual deberá constar "el hecho de que da fé, con indicación, si fueren conocidas, de las circunstancias de la fecha, hora y lugar en que acaecen... la declaración o documento auténtico en virtud del cual se practican y los nombres de los funcionarios que los autorizan".

(118) MANTECA ALONSO-CORTES, Julian. "La adopción" RDN = 1971 (abril-junio) pag. 282.

Con independencia de los efectos y requisitos= pura y estrictamente formales, cabe plantearse dos cuestiones fundamentales: el valor de la inscripción y su pu blicidad.

A.- VALOR DE LA INSCRIPCION.

En cuanto a esta cuestión, la misma LRC en su art. 2 determina que "el Registro civil constituye la = prueba de los hechos inscritos".

La inscripción de la adopción constituye la = prueba normal y privilegiada del acto de adopción; "ésta sólo podrá acreditarse por otros medios de prueba cuando falte la inscripción o sea imposible certificar del asien to pero en el primer caso se condiciona la admisión de = la prueba supletoria a que, previa o simultaneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución= del asiento". (119)

Parecida opinión expone el Prof. DE CASTRO (120)

(119) GAMBON ALIX, Germán. "La adopción". Ed. Bosch. Bar celona 1960 pag. 179

(120) CASTRO Y BRAVO, Federico de "Compendio de Derecho= civil T. II,I Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1966, pag. 377

al estimar que para la admisión de otros medios de prueba será requisito indispensable que previa o simultáneamente se haya: a) promovido la inscripción omitida; b) = instado la reconstrucción del asiento; c) pedida en juicio la rectificación del asiento correspondiente... Con estas medidas se busca que, incluso en tales casos excepcionales, resulte fortificada la eficacia del Registro, = pues la prueba contra el Registro o extraregistrál de = los hechos no se permite quede fuera del Registro, y para que sea verdaderamente eficaz se requiere que la rectificación ingrese en el Registro.

Parece criterio comunmente aceptado por la doctrina que la inscripción en el Registro civil no tiene = carácter constitutivo (121). Además "no es requisito de esencia para la perfección del acto de adopción y nacimiento del vínculo correspondiente" (122).

Para reforzar el argumento expuesto hay quien = hace alusión a la Resolución de 22 de marzo de 1946 que = vino a sostener -dada la fecha se entiende que estaba vi

(121) Así, CASTRO LUCINI, op. cit. ADC 1970 pag. 297 y = CHICO ORTIZ op. cit. RCDI 1970. pag. 1441.

(122) GAMBON ALIX; op. cit. pag. 179.

gente en este punto la primitiva redacción del Código civil- el carácter constitutivo de los asientos de adopción ya que "la adopción no queda perfeccionada sin el requisito esencial de dicha nota". El comentario que merece es que tal doctrina inaceptable bajo la anterior LRC lo es igualmente con referencia a la vigente; una cosa es el valor privilegiado y preferente de la inscripción como instrumento probatorio y otra que la inscripción se erija en requisito cuya concurrencia es indispensable para que el acto surja a la vida jurídica con plena efectividad" (123)

El Prof. DE CASTRO (124) alude al significado sustantivo (diferente a constitutivo) de la inscripción referente al cambio de estado civil. "La inscripción otorga eficacia "erga omnes"; el cambio no inscrito no puede oponerse a tercero de buena fé (que no lo conocía o que no podía conocerlo). En ocasiones la ley dice expresamente que reunidos los requisitos materiales necesa

(123) Idem. pag. 179 nota 21. Mantenemos la cita de la Resolución tal y como la hace el autor, porque no hemos localizado con esa fecha dicha Resolución.

(124) CASTRO Y BRAVO, op. cit. pags. 377 y 378. Obviamente al aludir al art. 177, se está refiriendo a la redacción del Código civil anterior a la reforma de 1970. Es el actual art. 175.

rios para un cambio de estado civil, éste "producirá desde su celebración plenos efectos civiles"; desde la inscripción, ella basta para que éstos (los efectos civiles) sean reconocidos, para que hayan de serlo por todos. La carencia de inscripción (al no hacerse o al no hacerse = dentro de cierto plazo), hace que el cambio de estado = "no perjudique los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas" (art. 70 LRC). Restricción de la eficacia del cambio de estado que se expresa, también, diciendo que la falta de inscripción hace que "no produzca, entretanto, efecto contra terceros". Parece que lo mismo habrá de decirse respecto de todos aquellos otros supuestos en que las disposiciones legales ordenan la inscripción (art. 177)".

Esta tesis no es compartida por algún sector = doctrinal dado que "estos efectos sustantivos de la inscripción no son los normales en materia de Registro civil (solo prueba y legítima por regla general). Esta protección de terceros solo se da en los casos en que especialmente lo establezca el legislador. Más aún si tenemos en cuenta que la publicidad formal de la adopción está restringida por la ley para estos terceros, rigiendo casi un principio de secreto en la adopción, que es radicalmente contrario a estos efectos sustantivos. Y ello = es así porque el Registro no publica la relación paterno filial adoptiva ni la adopción, sino simplemente la rela

ción paternofilial, y, por tanto más lógico parece aplicar por analogía las normas relativas a la filiación legítima..., sin ninguna restricción, en cuanto a sus efectos por razón de la inscripción. Por ello no es constitutiva ni sustantiva, pero es obligatoria, y medio de prueba normal y con valor legitimador" (125)

La misma Exposición de Motivos de la Ley de 1970, no menciona a la escritura como requisito de carácter constitutivo (126).

La negación a la escritura de su carácter constitutivo es, como ya hemos señalado, unánime. Hay algún autor (127) que negándole ese valor constitutivo tanto a la escritura pública como a la inscripción en el Registro civil, entiende que "es menester distinguir entre actos esenciales de fondo, cuales son el consentimiento de las partes y el acuerdo del Juez, y actos esenciales de forma, como el otorgamiento de la escritura y la inscrip

(125) MANTECA ALONSO-CORTES, Julian op. cit. RDN 1981 = pag. 284.

(126) En este sentido CANO REVERTE, José Mº "La nueva adopción" RDN 1971 (abril-junio) pags. 7 y sigs.

(127) RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino "La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho" RGLJ 1950.

ción. Por los primeros se da lugar a la perfección del = contrato de adopción, o sea se verifica la existencia ju=rídica de la misma, mientras que por los segundos se pro=duce la consumación de dicho contrato, a cuyo fin puede=entrar en acción el art. 1279. Si a la escritura y a la=inscripción se las invistiese de efectos constitutivos,=se desconocería la estructura consensual de nuestro Dere=cho positivo (art. 1278) (128)

B.- PUBLICIDAD DE LA INSCRIPCION.

En cuanto a la segunda de las cuestiones plan-teadas, en principio la adopción se ajusta a las normas=genéricas de la Ley y del Reglamento del Registro civil, (en adelante RRC), por lo cual puede llegarse a su cono=cimiento a través de la manifestación y examen de los li=bros (129). Así lo establece el art. 6 LRC: "El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los =asientos. La publicidad se realiza por manifestación y =examen de los libros... y por certificación de alguno o

(128) Hemos querido señalar la opinión de este autor, por su interés en lo referente a la negativa del carác=ter constitutivo de la escritura, aunque no pode=mos compartir la tesis de calificar a la adopción=como contrato.

(129) Así CHICO ORTIZ, José M°, pop. cit. RCDI 1970 pag. 1441.

de todos los asientos del mismo folio, literal o en extracto, o negativa si no los hubiere". Hay que poner en conexión este artículo con el 17 del RRC: "El encargado y, por su delegación, el Secretario son los únicos funcionarios que pueden certificar de los asientos del Registro. Están, además, obligados a informar a los interesados para facilitarles la publicidad registral. El interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación".

Pero estas normas tanto de la Ley del Registro civil como de su reglamento hay que matizarlas respecto a la adopción, cuyo secreto se considera complemento necesario de la institución.

Según esto, no se dará publicidad de la adopción sin autorización del Juez de Primera Instancia, cuando el adoptado lleva como primer apellido el del adoptante, a tenor de lo dispuesto en el n° 2 del art. 21 del RRC. Por su parte el artículo siguiente, 22 del RRC, establece que, "no obstante, no requieren autorización judicial para obtener certificación... 2°) Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herede

ros, ascendientes y descendientes de uno y otro" (130). =
Evidentemente estos dos preceptos hay que conectarlos =
con el párrafo 2° del art. 175 del Código civil "El Re--
gistro civil no publicará, a partir de la adopción, da-
to alguno que revele el origen del adoptado ni su condi-
ción de tal".

En cierta medida también inciden en este tema =
las discrepancias existentes entre el Código civil y ==
otras leyes complementarias -Ley del Registro civil y su
Reglamento, en este caso, y en otros Ley de Enjuiciamien-
to civil- y hubiera sido deseable que en el momento en =
que fué reformado el Código civil también se reformase =
la legislación concordante y complementaria.

(130) Aunque sea dispersar, en cierto modo, el tema, en-
tendemos que hay que hacer notar que tanto el art.
51 LRC como el art. 21,1 RRC se pueden entender en
cierta medida derogados por la Reforma del C.c. in-
troducida por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, puesto
que a su tenor ya no se distingue entre filiación=
legítima o ilegítima, natural o no natural. A par-
tir de la mencionada reforma y según lo dispuesto=
por el artículo 108,1 del C.c. "la filiación puede
tener lugar por naturaleza y por adopción. La filia-
ción por naturaleza puede ser matrimonial y no ma-
trimonial...
La filiación matrimonial y la no matrimonial así =
como la adoptiva plena surten los mismos efectos =
conforme a las disposiciones de este Código." Dis-
crepancia que intentó resolver la Circular de DGRN.

Hasta aquí el estado de la cuestión estaba, en buena medida, bastante claro. Pero con motivo de la reforma introducida en el Código civil por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, la Dirección General de Registros y del Notariado publica una Circular de fecha 2 de junio de 1981, (BOE 5 de junio de 1981) que aún teniendo por objeto la aclaración de determinados aspectos a que hacía referencia dicha Reforma "en tanto no se realice la necesaria y general adaptación de la legislación del Registro civil se ve en la necesidad urgente de anticipar criterios interpretativos respecto de muchas cuestiones registrales= que van a plantearse inmediatamente en la práctica a fin de evitar soluciones posiblemente divergentes de los distintos encargados..." (131), hizo referencia a temas relacionados con la adopción, aunque esta institución no estaba incluida en el propósito de la Reforma del Código civil (132).

(131) Explicación de la DGRN respecto al motivo de la Circular.

(132) Aunque escape de los límites de este trabajo hay que decir que a pesar de que la Ley 11/1981 de 13 de mayo no tenía por objeto la reforma de la adopción, ésta se vio modificada en algunos de sus preceptos, bien porque rozaban temas afectados por dicha reforma, o porque aún no siendo así, también se vieron afectados. Así fueron reformados por dicha Ley:

- Art. 172: Supresión del párrafo 4º y modificación del párrafo 5º, 3.
- Art. 173: Modificación del último párrafo.
- Art. 174: Modificación del tiempo para apreciar la situación de abandono.
- Art. 176: Modificado por la Ley 11/1981 de 13 de mayo y suprimido por la Ley 30/1981 de 7 de julio. Discutidísima por la doctrina la vigencia o no de dicho artículo. Hemos omitido voluntariamente su análisis por entender que él solo ya sería objeto de otro trabajo.
- Art. 177: Suprimido el antiguo párrafo segundo. Modificado el nº2 del actual párrafo segundo.
- Art. 178: Modificado el párrafo 1º.
- Art. 179: Modificados los antiguos párrafos 1º y 2º.
- Art. 180: Modificado el párrafo 1º y en antiguo párrafo 3º.

Respecto a este último tema se produce, a nuestro juicio, una posible divergencia -y hacemos esta afirmación con las máximas reservas- entre el criterio expuesto por el Código civil en el art. 175,2 -que recoge el secreto de la adopción- y la postura de la Dirección General de Registros y del Notariado, en la ya mencionada Circular, en la cual en el Capítulo IV ap. a) (133) afirma: "En las hojas relativas a los nacimientos de los hijos, bien sean matrimoniales, bien adoptados plenamente por ambos cónyuges o por una sola persona, bien no matrimoniales reconocidos por uno o por los dos progenitores, no se especificará directamente la condición de tales hijos. En cambio en los casos de adopción simple, en una de las hojas en blanco se consignará el nacimiento del hijo, calificando entonces su condición de adoptado simple".

Dado que el art. 175 del Código civil se encuentra en la Sección correspondiente a las Disposiciones para ambas clases de adopción y no distingue -en cuanto al secreto- entre la plena y la simple, y aún cuando el art. 22,2 del RRC parece conceder menor secreto a la adopción simple, entendemos que cabría esa cier-

(133) En este Capítulo hace referencia al Libro de Familia

ta contradicción entre el art. 175,2 del Código civil y el texto de la Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado. Es cierto que la adopción simple tiene menos "fuerza" que la plena, pero si el Código civil no distingue ¿por qué ha de hacerlo la DGRN?.

Intentando buscar una explicación es posible = que se haya hecho para evitar posibles fraudes sucesorios relacionados con el párrafo tercero del actual art. 180= del Código civil. También podría pensarse que se ha he--cho con miras a una posible futura reforma de la adop- -ción, pero esta posibilidad entendemos que debe ser re--chazada ya que si se acude al criterio comparatista el = secreto de la adopción es mucho más rígido en otras le-gislaciones que en la nuestra.

Así la inscripción en el Registro civil, como= último requisito formal en el iter adoptcional es una == constante en todas las legislaciones extranjeras donde = además, -sobre todo en los supuestos de adopción que su-ponen ruptura total con la familia de origen- este secreto, que entendemos necesario, se lleva hasta sus últimas consecuencias.

En Francia, la Ley ha querido hacer desapare--cer toda referencia a la filiación primitiva del niño in tentando conseguir la asimilación del adoptado a un hijo

legítimo (134).

El art. 354,1 del Code civil establece que la decisión que pronuncia la adopción debe ser transcrita = en los Registros del estado civil del lugar de nacimiento del adoptado dentro de los quince días siguientes desde que esta decisión ha adquirido fuerza de cosa juzgada. El párrafo 2° de este mismo artículo precisa que esta = transcripción contiene "el día, la hora, el lugar de nacimiento y el sexo del niño; su nombre, tal y como haya quedado después de la Sentencia de adopción; los nombres, fecha y lugar de nacimiento, profesión y domicilio del o de los adoptantes. No contiene ninguna indicación relativa a la filiación real del niño".

El párrafo 3° de dicho artículo resalta hasta qué punto el secreto de la adopción es absoluto en Derecho francés: "Esta transcripción tiene carácter de acta de nacimiento del adoptado". De esta manera, los extractos o las certificaciones que de este acta se hagan presentarán al niño como si de un hijo legítimo de los adoptantes se tratase.

(134) RAYNAUD, Pierre et MARTY, Gabriel. op. cit. pag. = 538.

Por si con esto solo no se consiguiese un absoluto secreto respecto a la adopción, el último párrafo = del art. 354 añade que "el acta de nacimiento originaria es a instancia del Procurador de la República señalada = con la palabra "adopción" y considerada como nula".

En Italia, por su parte, la inscripción de la adopción se hace a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2° del art. 314/25 Codice civile: "El auto que pronuncia la adopción especial llega a ser definitivo, dentro del décimo día siguiente al de la comunicación, y transcrito = en el Registro a que se refiere el art. 314/15 y comunicado a la oficina del estado civil para la anotación al margen del acta de nacimiento" (135). Este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 314/28 Codice civile que establece que cualquier testimonio del estado civil = referido al adoptado debe ser expedido con la sola indicación del nuevo apellido y con la exclusión de cualquier indicación relativa a la paternidad o a la maternidad = del menor.

Hay que tener presente la ratio de esta última

(135) El art. 314/15 se refiere a la transcripción definitiva del estado de adoptabilidad; presupuesto éste previo al affidamento preadottivo y por tanto a la definitiva declaración de adopción especial.

disposición. Supone la adquisición del estado de hijo legítimo, que es el efecto principal de la adopción especial en Italia. El menor adoptado asume el apellido de = los adoptantes. Siendo por tanto, plenamente hijo legítimo suyo no tiene sentido mencionar el auto que ha pronunciado la adopción, y que, al fin, ha servido de medio para introducirlo en la nueva situación jurídica (136).

De cualquier manera entendemos que el secreto de la adopción es uno de los presupuestos necesarios de la institución, máxime si se quiere lograr, como pretende la actual redacción del Código civil español, una total equiparación entre los distintos tipos de filiación.

(136) En este sentido Vid. MORO, Alfredo Carlo, "L'adozione speciale" op. cit. pag. 334.

222

CONCLUSIONES

I

Entendemos que la adopción es en nuestro Ordenamiento, un negocio jurídico de Derecho de familia. Debemos descartar la consideración de la adopción como contrato, por cuanto, aún a pesar de poder entender, que en ella se dan, de alguna manera, los requisitos necesarios para la existencia de los contratos, el estado civil de las personas no puede ser materia de los mismos, sin perjuicio de que como es bien sabido está en franca crisis= la tendencia a equiparar la totalidad de las instituciones jurídicas al contrato. De otra parte, entender la = adopción como declaración estatal, es posiblemente válida para el Derecho italiano -donde el Juez lo que hace = es homologar el acta de adopción- pero no para nuestro = Derecho en el que el Juez es quien aprueba la adopción.

I I

La aprobación judicial es el momento a partir= del cual la adopción nace a la vida jurídica, y ello por varias razones:

- a) Es ante la autoridad judicial ante quien = las partes deben prestar sus respectivos = consentimientos.

b) Es al Juez a quien corresponde -y esto es = quizá lo fundamental- valorar discrecionalmente una serie de circunstancias tales como la existencia de hijos del adoptante y, sobre todo, la conveniencia de la adopción para el adoptado.

c) A todo lo anterior debe añadirse el informe que el Ministerio Fiscal debe emitir en esta fase, lo que contribuirá para que el == Juez decida sobre la aprobación o no de la adopción, decisión que a él únicamente compete tomar.

I I I

Sería deseable la introducción en nuestro Derecho, al igual que sucede en los Derechos francés e italiano, de un período de tiempo previo a la autorización judicial, durante el cual el menor viviese en compañía y en el hogar de los adoptantes, como si de un hijo se tratase. Esto contribuiría, no a alargar los trámites, sino, por el contrario, a que el Juez tuviese un dato más de = valoración respecto a la conveniencia de la adopción para el adoptado.

I V

La escritura pública no es el requisito constitutivo de la adopción, como ha querido ver algún sector= doctrinal, porque la adopción está ya previamente aprobada por la autoridad judicial.

Resulta totalmente innecesaria la duplicidad = de intervenciones -Juez y Notario- máxime si tenemos en cuenta que el único contenido posible de la escritura = hoy -una vez suprimidos los pactos sucesorios- es el == acuerdo sobre el régimen de apellidos en la adopción sinple. Como argumento "ex abundantia" cabe señalar el posible conflicto que se plantearía en el supuesto de que = las partes pactasen en el momento de otorgar la escritura pública algún tipo de acuerdo que de haber sido presentado a la autoridad judicial ésta no lo habría aprobado.

Debe reformarse el Código civil en este punto, ya suprimiendo el requisito de la escritura pública, a = todas luces innecesario, ya anteponiendo el otorgamiento de dicha escritura a la aprobación de la autoridad judicial que sería la última en intervenir y en definitiva = en quien recayese la aprobación de la adopción. Esta última posibilidad si bien no soslaya la innecesaria duplicidad de intervenciones, al menos destacaría que al úni-

co que se le otorga competencia decisoria sería al Juez.

v

Si a pesar de la actual redacción del Código = civil, el momento en que la adopción nace a la vida jurí= dica es, según se ha dicho, el de la aprobación judicial, entendemos que no hay obstáculo para admitir que, una vez aprobada judicialmente, la adopción es perfectamente vá= lida, aunque el adoptante muera antes del otorgamiento = de la escritura pública. Tal hipótesis aparece clara en el caso de la adopción conjunta, ya que si uno de los = cónyuges muere, el otro podrá desempeñar las funciones = inherentes a la patria potestad, educación, mantenimien= to del adoptado, sobre todo si se trata de un menor.

Podría defenderse igualmente el mantenimiento= de tal adopción póstuma en el caso de adoptarse un menor de edad por parte de una sola persona; en tal supuesto = el adoptado adquiriría los derechos como hijo adoptivo, si bien su representación legal correría, obviamente a car= go de las personas señaladas por la Ley. Innecesario es señalar que también es admisible el supuesto de adopción póstuma de un mayor de edad por un solo adoptante, ya = que reportaría un beneficio para el adoptado sin perjui= cio para terceros.

Entendemos, que el legislador debería recoger= explícitamente tal posibilidad de adopción a semejanza = de las legislaciones francesa o italiana.

V I

Partiendo de que sea la autoridad judicial la única competente para decidir sobre la aprobación de la adopción, creemos que una vez recaída dicha aprobación,= además de los interesados pueda el Ministerio Fiscal instatar la inscripción en el Registro dentro de un breve plazo predeterminado, lo que sería muy aconsejable en determiminadas hipótesis de adopción póstuma.

259

A B R E V I A T U R A S

M A S

U T I L I Z A D A S

ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS
=====

- A.A.M.N. Anales de la Academia Matritense del Notariado.
- A.D.C. Anuario de Derecho Civil.
- B.I.M.J. Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
- C.c. Código civil
- D.G.R.N. Dirección General de los Registros y del Notariado.
- L.E.C. Ley de Enjuiciamiento civil.
- R.D.N. Revista de Derecho Notarial.
- R.D.P. Revista de Derecho Privado.
- R.G.L.J. Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- R.I.D.C. Revue International de Droit Comparé.
- R.T.D.C. Revue Trimestrielle de Droit civil.

261

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A
=====

- ALBALADEJO, Manuel: El albaceazgo en el Derecho español. Ed. Tecnos. Madrid, 1969
- ALBALADEJO, Manuel: Curso de Derecho civil. T. IV. Ed. = Bosch. Barcelona, 1982
- ALBALADEJO, Manuel: El negocio jurídico. Ed. Bosch. Barcelona, 1958
- ALICATA, Giuseppe: La legge sull'adozione speciale e la sua applicazione. (con. a la Sart. de 5-1-72 de la Corte di Cassazione) Rev. Il diritto = di famiglia e delle persone 1973. pags. 958 a 978. Ed. Giuffrè. Milano
- ANCEL, M. y otros: L'adoption dans les législations modernes. Essai de synthèse comparative suivie du relevé systématique des législations actuelles relatives a l'adoption. Ed. Sirey 2° ed. París, 1958
- ANCEL, Marc.: Les lois nouvelles sur l'adoption "Revue = Internationale de Droit Comparé". 1961, pag. 563
- ANUARIO DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL = NOTARIADO: 1974. Resolución de 16 de mayo de 1974
- ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín: El abandono y su declaración judicial, en orden a la adopción de menores abandonados. Revista de Derecho Privado, 1978, mayo pags. 351 a 383

ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín: En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970. En "Estudios sobre la adopción" Ed. Reus Madrid, s.f. pag. 39 y Revista General de legislación y jurisprudencia,= 1970 (julio-diciembre) pag. 615

ASSOCIAZIONE NAZIONALE FAMIGLIE ADOTTIVE E AFFIDATAIRE:= Convenzione Europea sull'adozione e legge = S. Giugno 1967. N. 431. Rev. Il diritto di famiglia e delle persone. 1975. pags. 18 a 24. Ed. Giuffrè. Milano

ASSOCIAZIONE NAZIONALE FAMIGLIE ADOTTIVE E AFFIDATAIRE:= La informa del Diritto di famiglia e l'adozione speciale. Rev. Il diritto di famiglia e delle persone. 1975, pags. 313 a 319. Ed.= Giuffrè. Milano

AUREGLIA, Louis: "L'adoption en Monaco" Juris Classeur.= Droit Comparé 1971

AURICCHIO: Voz autorizzazione. Enciclopedia del Diritto.

AZZARITI. G.: Filizione leggitima e naaturale. "Novissimo Digesto Italiano" Tomo VI, Torino 1965

BARBERO, Domenico: Sistema del Derecho Privado. Trad. = Santiago Sentis Melendo. Tomo II, Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967

BATLLE VAZQUEZ. M.: El Derecho al nombre. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Tomo = 159, 1931, pags. 257 a 332

BAUDRY-LACANTINERIE: Traité théorique et pratique de Droit civil. T. IV: Des personnes. Librairie de la société du nouveau général des lois et des arrêts, Paris 1905

BAVIERA, Ignazio: L'adozione speciale. Ed. Giuffrè. Milano 1982. 2° ed.

BAVIERA, Ignazio: "Un caso particolare di adozione speciale: decesso o incapacità di uno dei coniugi". Giurisprudenza di merito, 1971, 1, 105

BAVIERA, Ignazio: Demanda di adozione speciale, affidamento preadottivo, impugnazione. Rev. Il diritto di famiglia e delle persone 1978, enero-marzo pag. 272 a 282. Ed. Giuffrè. Milano

BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José: "La doctrina de CICU sobre la posición sistemática del Derecho de familia". Revista de Derecho Privado, 1965 = pag. 819

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO. Rodrigo: Los efectos sucesorios de la adopción. "Anuario de Derecho Civil" = Tomo XXIV. 1971 Fasc. III pag. 929

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Comentarios al C.c. y compilaciones forales. T. III (arts. 175 a 180). Dirigidos por ALBALADEJO, Manuel. Ed. Edessa. Madrid, 1982

BESSONE. Mario: Giurisprudenza dell'adozione. Ed. Giuffrè Milano, 1981

BIANCHI, Francesco: Corso di Codice Civile italiano. Vol. VII: Dell'adozione e della patria potestà. = Ed. Unione Tipografica Editrice Torinese. Torino. 1909

- BONFANTE, Pietro: Instituciones de Derecho Romano. Trad. BACCI y LARROSA. Ed. Reus, Madrid 1965
- BOSCHAN, Siegfried: La última evolución jurídica del Derecho de familia en los Estados de Europa. = Revista de Derecho Privado, 1975, mayo pags. 413 a 425 y 1976, octubre, pags. 797 a 802
- BRANCA. G.: Istituzioni di Diritto Privato. 4° ed. Ed. = Zanichelli, Bologna 1969
- CALAIS-AULOY. J.: La parenté créée par l'adoption et la légitimation adoptive. "Revue Trimestrielle de Droit Civil". 1961 pag. 25
- CALAMANDREI. P.: "Instituciones de Derecho Procesal civil". Tomo I. Trad. esp. Santiago Sentis Melendo. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1962
- CAMPAGNA, Lorenzo: Famiglia legittima e famiglia adottiva Ed. Giuffrè. Milano 1966
- CAMY SANCHEZ-CANETE, Buenaventura: La adopción y figuras similares ante la nueva regulación. Revista= Crítica de Derecho Inmobiliario, 1959 pags.= 42 y 194
- CANO REVERTE, J.M.: La nueva adopción. Revista de Derecho Notarial n°LXXII año 1971, n° 72 pag. 7
- CARBONNIER, Jean: "Derecho flexible". Trad. esp. DIEZ PICAZO, Louis. Ed. Tecnos Madrid, 1974
- CARBONNIER, Jean: "Droit civil". T. 2: "La famille, les Incapacités". Ed. Presses Universitaires de France. Paris, 1972, 9° edición.

CARIOTA FERRARA, Luigi: "El negocio jurídico" Trad. esp. Albaladejo, Manuel. Ed. Aguilar. Madrid, == 1956

CASALS COLDECARRERA, M.: Voz adopción. Nueva Enciclopedia Jurídica Española Tomo II. Barcelona 1950

CASASUS HOMET, Emilio: La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante. Revista de Derecho Notarial, n° 29-30 Madrid, 1960 pag. 213

CASSARINO, S.: Voz approvazione. Enciclopedia del Diritto.

CASTAN VAZQUEZ, José M°: Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción. Anuario de D. Civil, 1968 pags. 920 y sigs.

CASTAN VAZQUEZ, J.M.: La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción. "Revista de Derecho Privado". 1970 pag. 849

CASTAN VAZQUEZ, José M°: La llamada "patria potestad de hecho". Revista de Derecho Privado, 1978, = octubre pags. 841 a 844

CASTAN VAZQUEZ, J. M.: La nueva Ley luxemburguesa de adopción. "Anuario de Derecho Civil". Tomo XIII. 1960, pags. 952 a 957

CASTRO Y BRAVO, Federico de: "Compendio de Derecho civil" T. II, I. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966

CASTRO Y BRAVO, Federico de: El negocio jurídico. Ed. ==
Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, =
1971

CASTRO LUCINI, Francisco: Algunas consideraciones críti-
cas sobre los requisitos de la adopción: I =
El adoptante. Anuario de Derecho civil, 1966
tomo XIX fasc. II abril-junio. pags. 337 a =
368

CASTRO LUCINI, Francisco: Algunas consideraciones críti-
cas sobre los requisitos de la adopción: II
El adoptado. Anuario de Derecho Civil, 1968,
T. XXI pag. 369

CASTRO LUCINI, Francisco: Algunas consideraciones críti-
cas sobre los requisitos de la adopción: III
forma o procedimiento. Anuario de Derecho Ci-
vil, 1970 tomo XXIII fasc. II abril-junio =
pags. 272 a 298

CASTRO LUCINI, Francisco: Los derechos sucesorios del hi-
jo adoptivo. Anuario de Derecho Civil, 1962,
tomo XV fasc. III julio-septiembre pags. 617
a 656

CASTRO LUCINI, Francisco: Limitaciones a las disposicio-
nes patrimoniales "mortis causa" estableci--
das en la escritura de adopción. Estudios de
Derecho Civil en homenaje al profesor CASTAN
TOBEÑAS. Tomo III pag. 95. Ed. Univ. de Nava-
rra, Pamplona 1969

CASTRO LUCINI, Francisco: La nueva regulación de la adop-
ción. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
1971 n° 482 p. 41. RCDI, 1971 n° 485 p. 829

- CHARTIER, Yves: Comentario a la Sentencia del Tribunal = de París 26 enero 1978. Juris Classeur Périodique, 1980, II.
- CHICO ORTIZ, J.M.: La adopción y el Registro de la Propiedad. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1970 n° 481 pag. 1401
- CHIOVENDA, J.: "Principios de Derecho procesal civil". T. I. Trad. esp. José Casais y Santaló. Ed. == Reus. Madrid, s.f.e.
- CICU, Antonio: "Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia". Trad. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. R.D.P. 1952, Marzo. pag. 185
- CICU, Antonio: La filiación. Traducción GIMENEZ ARNAU y SANTA CRUZ TEIJEIRO. Ed. Librería General de Victoriano Suárez 1° ed. Madrid 1930
- CICU, Antonio: "La filiazione" in "Tratatto di Diritto = civile italiano" soto la direzioni di Fili--ppo Vasalli. Vol. III Tom. II Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1969
- CIMA GARCIA, Carlos: Finalidad constitutiva del acto de adopción (comentario con motivo del Anteproyecto de Ley sobre adopción). Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1970, pags. = 413 y ss.
- COLL, J.E, y ESTIVIL, L.A.: "La adopción e instituciones análogas. Estudio sociológico y jurídico". = Ed. Plus Ultra. Buenos Aires, 1947

CRAFFE, Mauricette: L'adoption et la legitimation adoptive en France depuis l'ordonnance du 23 décembre 1958. Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, pag. 585

CRAFFE, Mauricette: Le regime de l'adoption au Luxembourg d'apres la loi du 13 juillet 1959. "Revue Internationale de Droit Comparé". 1961 pag. = 594 y sigs.

DEL PRETE, Pasquale: Voz approvazione. Novissimo Digesto Italiano.

DIEZ PICAZO, L.: La capacidad para adoptar y el estatuto religioso del matrimonio. "Anuario de Derecho Civil" Tomo XXIV. 1971

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: "Sistema de Derecho civil". Vol. IV, Ed. Tecnos. Madrid, 1982

DUSI, R.: "Della Filiozione e della adozione". in "Il Diritto civile Italiano" per cura di Pasquale Fiore. Vol. 3 Ed. Unione Tip. Edit. Torinese Napoli-Torino, 1911

DUSI, Bartolomeo: Istituzioni di Diritto Civile. Vol. 1º Ed. Giappichelli 4º ed. Turín, 1943

EBENE COBELLI, Cristina: "Le adozioni" Ed. CEDAM Padova, 1981

ENNECCERUS, KIPP, WOLF.: Tratado de Derecho civil alemán. Trad. de PEREZ GONZALEZ Y ALGUER. Tomo IV. = 1º ed. Barcelona, 1941

FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO: La adopción. Anuario de Derecho civil 1971. Tomo XXIV fasc. III pags. 685-787

FERRER SANCHIS, Pedro: Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de la Haya de 1964 sobre adopción. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Madrid, 1969. pag. 1255

FERRANDO, Gilda: Diritti dei minore e "diritti" della famiglia di origine sella disciplina dell'adozione speciale. (Con. Sent. 30-10-75 Corte = Costituzionale). Rev. Il diritto di famiglia e delle persone. 1976, pags. 1499 a 1509. Ed. Giuffré. Milano.

FORTI, Ugo: Voz Autorizzazione. Novissimo Digesto Italia no. pag. 1581

GAMBON ALIX, G.: La adopción. Ed. Bosch. Barcelona 1960

GARCIA CANTERO, G.: El nuevo régimen de la adopción. "Anuario de Derecho Civil", 1971. Tomo XXIV. fasc. III pag. 789

GARCIA CANTERO, G.: Aspectos sucesorios de la nueva Ley de adopción. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1970 T. 229 pag. 659

GARCIA GOYENA, Florencio: Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español. Madrid, == 1852

GHESTIN, Jacques: "Voz adopción". Enciclopedia Juridique Dalloz. T. I. Ed. Dalloz París, 1982

GIURISPRUDENZA DI MERITO: Sentencia de la Corte D'appe-
llo di Venezia, 5 diciembre, 1970. Parte pri
ma - Giurisprudenza civile 1971,1,105

GIURISPRUDENZA ITALIANA: Sentencia del Tribunale per i =
Minorenni di Bologna, 2 Puglio, 1968. Corti=
D'appello e Tribunale civile 1969, 2, 402

GOMEZ DE LIAÑO, F.: Los hijos ilegítimos y adoptivos: su
problemática actual. Ed. Montecorvo Madrid,=
1972

GOMEZ ORBANESA, Emilio: Derecho procesal civil. Vol. I.
Madrid, 1976

GONZALEZ ALEGRE, Manuel: La adopción y el impuesto sobre
sucesiones. Anales de la Academia Matritense
del Notariado 1978, tomo XXI pag. 29

GROFFIER, Ethel: Principaux problèmes de l'adoption au =
Canada, en France et en Belgique. Revue Inter
nationale de Droit Comparé. 1974, pag. 263

GUASP, Jaime: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento -
civil". Tomo I. Ed. Aguilar Madrid, 1943

GUASP, Jaime: Derecho Procesal civil. T. I. Ed. Institu-
to Estudios Políticos. Madrid, 1968

GULLON BALLESTEROS, A.: Notas sobre los derechos suceso-
rios del hijo adoptivo después de la reforma
del Código Civil. Revista de Derecho Privado
1960 pag. 102

HERNANDEZ GIL, Antonio: Dictámenes. Tomo I. Personas. Ma
drid, 1968

- HOLLEAUX. G.: De la filiation en droit allemand, suisse et francais - Essai de droit comparé. Traux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de L'Université de París. Tomo XXIV. París 1966
- HOYER. Hans: Le nouveau Droit de l'adoption en Autriche. = "Revue Internationale de Droit Comparé" 1961 pags. 572 y sigs.
- HUALDE SANCHEZ. J.J.: La adopción del propio hijo natural reconocido. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979
- HUBRECHT. Georges: La reglamentación de la adopción en Nicaragua. Revue Internationale de Droit Comparé, 1961 pag. 600
- HUET-WEILLER, Daniele/ LABRUSSE. Catherine/ VAN CAMELBEKE. Micheline: "La filiation". Jurisprudence française sous la direction de RODIERE, René. Ed. Librairies Techniques. París, 1981
- JANNUZZI. A.: "Marvale della volontaria giurisdizione". = Ed. Giuffrè. Milano. 1977
- JORS. Paul - KUNKEL. Wolfgang: "Derecho privado romano" = Trad. esp. PRIETO CASTRO, Leonardo. Ed. Labor Madrid, 1937
- JURIS CLASSEUR PERIODIQUE: Sentencia de París, 1ere Chambre Civil, 26 januies, 1978. Jurisprudence, = 1980, II, 19324
- KISCH. W.: "Elementos de Derecho procesal civil". Trad. = esp. PRIETO CASTRO. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1932

- LACRUZ BERDEJO, José Luis/ SANCHO REBULLIDA. Francisco:
Derecho de familia. T. II. Ed. Bosch, Barcelona, 1975
- LACRUZ BERDEJO. J.L. y SANCHO REBULLIDA. F.: Elementos de Derecho civil, IV. Derecho de Familia. = Fasc. 3º Ed. Bosch, Barcelona, 1982
- LA MARMIERE: Commentaire de la Loi du 11 juillet 1966. = "Juris Classeur Precis". Tomo I. 1966
- LASARTE. Carlos: Notas sobre la nacionalidad del menor de edad extranjero adoptado por españoles. = Revista de Derecho Privado, 1975, junio pags. 511 a 531
- LAUNAY. C. - SOULE. M. - VEIL. S.: L'adoption. Données médicales psychologiques et sociales. Editions. ESF. París 1978
- LAURENT. F.: Principes de Droit Civil Français. Tomo I. 3º ed. Bruxelles. París 1878
- LISBONNE. Jean: La adopción en Perú. Juris Classeur Précis D. civil D. comparado 8, 1973
- LIVNEH: La loi de 1960 sur l'adoption des enfants en Israël. "Revue Internationale de Droit Comparé" 1961, pag. 591
- LOSACONO. Vincenzo: Adozione ordinaria, adozione speciale ed interesse del minore. Rev. Il diritto di famiglia e delle persone. 1977, abril-junio, pags. 737 a 758. Ed. Giuffrè. Milano

- LOSACONO. Vincenzo: "Spunti critici e prospettive di riforma in tema di adozione." Ed. Giuffrè. Milano, 1966
- MADRUGA MENDEZ, Joaquín: La adopción. Anuario de Derecho civil, 1963, tomo XVI, fasc. III julio-septiembre. pags. 747 a 781
- MANTECA ALONSO-CORTES. J.: La adopción. Revista de Derecho Notarial, 1971 n° LXXII p. 101-416
- MARINO Y BORREGO. R. de: La capacidad adopcional. "Anuario de Derecho Civil" Tomo XXIV. 1971 Fasc. III, pag. 863
- MARMIER. M.: Sociologie de L'adoption. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París = 1969
- MARTINEZ-CALCERRADA. Luis: La filiación extramatrimonial. Revista de Derecho Privado, 1974, febrero, = pags. 79 a 108/ abril, pags. 291 a 315
- MAZEAUD. Henri: "Lecons de Droit civil". T. I. vol. III Ed. Montchrestien. París, 1976
- MESSINEO. Francesco: Manual de Derecho civil y comercial. Trad. Santiago Sentis Melendo. Tomo III. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1971
- MORENO QUESADA. Bernardo: La tutela de los hijos adoptivos. Anuario de Derecho civil, 1965. Tomo XVIII fasc. II abril-junio pags. 436 a 469

MORO, Alfredo Carlo: Adozione speciale e certificati anagrafici. Rev. Il diritto di famiglia e delle persone, 1973, pags. 1154 a 1156. Ed. Giuffré Milano.

MORO, Alfredo Carlo: "L'adozione speciale". Ed. Giuffré. Milano, 1976

DE LOS MOZOS. José Luis: "La conversión del negocio jurídico". Ed. Bosch. Barcelona, 1959

MUCIUS SCAEVOLA: Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo a la nueva edición = oficial. T. III. Ed. Imprenta de Moreno y Rojas, Madrid, 1890

NERSON. Roges: "Jurisprudence française en matière de Droit civil" Revue Trimestrielle de Droit civil, 1974, pag. 792

OTERO VARELA. A.: La adopción en la historia del Derecho español. Dos estudios histórico-jurídicos. = Roma. Madrid, 1955

PAGE. Henri de: Traité élémentaire de Droit Civil Belge. Tomo I. 3ª ed. Ed. Bruylant, Bruselas, 1962

PEÑA REPNALDO DE QUIROS. Manuel: "El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)" Concordancias y comentarios. Centenario de la Ley del Notariado. Ed. Reus, Madrid, 1965

PIÑAR LOPEZ. B.: La adopción y sus problemas jurídicos. = "Anales de la Academia Matritense del Notariado". Tomo VIII. 1954 pags. 141 y sigs.

PLANIOL. M. et RIPERT. G.: Traité pratique de Droit Civil Français. Tomo VII. Mise jour. 2° ed. París 1963

POCAR. Valerio; RONFANI. Paola: Famiglia, diritto, mutamento sociale in Europa. Edizioni di Comunità. Milano, 1979

PROTETTI, Ettore: "Commentario teorico-pratico al Codice civile" diretto da DE MARTINO. Vittorio. Lib. I "Delle persone e della famiglia" Edizioni Pem. Roma, 1972

PUIG PEÑA. F.: Las situaciones finales de la adopción. = "Revista de Derecho Privado" 1948 n° 381 = pag. 1045

RAYNAUD. Pierre - MARTY. Gabriel: "Droit civil" T.I. vol. 2° "Les personnes". Ed. Sirey. París, 1967 = 2° ed.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA ARANZADI: Diversos volúmenes y años.

REVERTE NAVARRO. Antonio: "Intervención judicial en las situaciones familiares". Ed. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia. = Murcia, 1980

ROBLES FONSECA. J.: ¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, 1942, pags. 464 y 542

ROCA JUAN, Juan: "Sobre la nueva adopción" Discurso inaugural del Curso 1971-72. Univ. de la Laguna-Secretariado de Public. La Laguna - Tenerife 1971

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. Lino: La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción = comunitaria del Derecho. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1950 pags. 89 y sigs.

RODRIGUEZ CARRETERO, J.A.: "La persona adoptada" (Examen de su condición jurídica después de la Ley = 4/1970 de 4 de julio). Ed. Montecorvo, Madrid 1973

RODRIGUEZ ENNES. Luis: Bases jurídico-culturales de la = institución adoptiva. Santiago de Compostela 1978

SANTA CRUZ. S. y GIMENEZ ARNAU. F.: "La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor CICU". R.D.P. 1027 (julio-agosto) pag. 241

SARAVIA. Guillermo Alberto: La adopción. Ed. De Palma. = Buenos Aires, 1943

SAVOLAINEN. Matti: La protection de l'état a l'égard des enfants en Finlande et dans les pays nordiques. Revue Internationale de Droit Comparé.

STOLFI. Nicolo: "Codice civile italiano" T.V. Unione Tipografico-Editrice Turinese. Torino, 1932

TORTORICI. Filippo: Adozione speciale e tutela dei genitori adottanti. (com. a la Sent. 19-10-72 Trib. per i minorenni di Palermo). Rev. Il diritto di famiglia e delle persone. 1973, pags. 1029 a 1047. Ed. Giuffrè. Milano

- TCHIRCOVITCH. S.: Le Code de la famille en Yougoslavie. =
Revue Internationale de Droit Comparé, 1951,
pag. 616
- TRABUCCHI. Alberto: La riforma dell'adozione in Francia.
Rivista de Diritto Civile, tomo 32, 1940 pag.
274
- VALLET DE GOYTISOLO. Juan: Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970. Anuario de Derecho civil, 1970, tomo XXIII, fasc. III julio-sepbre.
pags. 601 a 611
- VALLINA DIAZ, Alejandro de la: Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción. "Revista de Derecho Privado" 1969 junio, pags. 437 y ss.
- VEGA SALA. F.: La ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" 1970 (julio-diciembre)
pag. 689
- VERGER GARAU. J.: Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción. "Revista Jurídica de Cataluña" 1968 octubre-diciembre pag. 901
- VIEUJEAN, Edouard: Chronique du Droit Belge. "Revue trimestrielle de Droit Civil" 1969, n° 4 pag. =
849
- VISINTINI. Giovanna: Adozione (Rassegna di giurisprudenza)
"Rivista di Diritto Civile" 1964, II, pag. 517

WAGENBAUR. R.: Le régime de l'adoption en Allemagne d'après la Loi de 1961. "Revue Internationale de Droit Comparé". 1962

WEILT, Alex y FERRE. Francois: Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités. Ed. Dalloz 1978. pags. 655 y sigs.

WYRWA. Tadeusz: Le nouveau Code Polonais de la Famille et de la Tutelle. Rev. Int. Droit Comparé = 1966, pag. 89

ZANOBINI. L.: "L'atto di adozione e la sua revoca". Monografie della Rivista del notariato. I, Ed.= Giuffrè Milano, 1947

